

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ILICITUD EN EL MATRIMONIO

GUILLERMO COS AGUILAR

MEXICO, D. F.

1970



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la memoria de mi Padre

Don ATENOGENES COS MARTINEZ
cuyas virtudes serán siempre ejemplo e inspiración en mi vida.

A mi Madre

ANGELINA AGUILAR VDA. DE COS,
quien con su vida llena de virtud, bondad y abnegación hizo posible mi realización académica.

A mi Esposa
MA. BERTHA RODRIGUEZ DE COS.
como testimonio de mi cariño.

A mis Hermanos
Lic. ALFREDO COS AGUILAR, y
ANGELINA COS DE ESCOBAR y Fam.,
con el afecto de siempre.

A la memoria de mi Hermano
ALBERTO COS AGUILAR,
como perenne recuerdo de amor fraterno.

A mi Tio
Tte. Corl. PEDRO AGUILAR MELGOZA
*Soldado emérito y constructor de una patria
mejor.*

A mi inolvidable Primo
ATENOGENES COS RAMIREZ,
*de quien recibí las mejores experiencias de
la vida.*

Al señor Lic. Don
JOSE BARROSO FIGUEROA,
en sincero reconocimiento a su brillante
desempeño en el Seminario de Derecho Civil.

Al señor Lic. Don
JOSE LUIS REBOLLO RAMIREZ,
con gratitud a sus invaluables y generosas
enseñanzas, y con la admiración del amigo
de siempre.

A mis dilectos amigos

Sr. Lic. JUAN VERNIS W.

Sr. Lic. RAFAEL MILLAN MARTINEZ.

Sr. Lic. LAMBERTO GINER V.

Sr. Lic. JESUS GERVASIO NAVA.

Sr. Lic. MANUEL LUNA RUIZ.

Sr. Lic. MARIANO PIÑA OLAYA.

INTRODUCCION

El estudio de los problemas jurídicos de alto contenido social resultan siempre apasionantes. Además, la trascendencia de las soluciones adoptadas reditúa a la comunidad un enorme contenido moral, mérito innegable de quien asume por voluntad popular el título que le convierte, en el desempeño de la función pública, como: guía o conductor de hombres.

Se ha dicho y con razón que la grandeza de la vida está hecha a base de pequeños detalles. De este modo considero que el estudio de la institución jurídica del matrimonio, cualesquiera que sean los alcances que logre, implica invariablemente un gran mérito.

La aseveración parece, a primera vista, revestir una gran dosis de pedantería [atua e ignorancia. Sin embargo, debo advertir que únicamente pretendo sepultar la inveterada costumbre de solicitar benevolencia y perdones por limitaciones que evidentemente objetiviza un estudio como el que abordo.

En efecto, sobre la ilicitud del matrimonio se ha hablado hasta la saciedad. Mas, ahora, pretendo llegar a la cuestión substancial, central, a la esencia misma del problema que motiva la actitud caprichosa, o más bien veleidosa, que lleva al hombre a romper el vínculo jurídico que le une matrimonialmente, o bien a contraerlo estando impedido para ello, y aún más, que inexplicablemente ejecute actos atentatorios a su estructura jurídica, con el propósito deligerado, matizado de doblez y simiulo que dichos actos pasen inadvertidos.

Si llegamos a sostener la inexistencia del delito de adulterio por ausencia de tipo, no quiere decir por ello que deseamos o buscamos la anarquía del amor libre, o para ser más preciso del libertinaje. No. Por lo

contrario, propugnamos porque se cumplan los fines naturales del matrimonio que implican comprensión y ayuda mutua entre los cónyuges, pero sobre todo, como medio necesario para la convivencia armónica, que se subsane el error técnico en que incurrió nuestro legislador al omitir la descripción de la conducta típica constitutiva del delito de adulterio.

Ojalá y este modesto estudio cumpla los fines deseados, para satisfacción propia, y, ante todo, como sincero reconocimiento a los invaluable méritos de mis mentores.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

- 1.—*El matrimonio y sus orígenes.*
- 2.—*Grecia.*
- 3.—*Roma.*
- 4.—*Proyección social del matrimonio.*
- 5.—*El origen natural del matrimonio.*

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.—EL MATRIMONIO Y SUS ORIGENES.

Las relaciones familiares al ser estudiadas por los sociólogos en la primitiva humanidad, las separan en tres grandes categorías:

Aún en la época de las incipientes agrupaciones tribales, sostienen algunos la existencia de la monogamia, haciendo hincapié que cualquier otro modo de apareamiento, sería ir en contra de los instintos fundamentales o impulsos ingénitos de la naturaleza humana; instintos que desde los pobladores primarios del planeta, debieron haber aparecido obrando con fuerza irresistible al tener manifiestos de amor, celos y una marcada inclinación de los padres hacia los hijos.

Algunos otros se apegan a la tesis de la incipiente e incial promiscuidad, como un natural estado de plena licencia sexual, el cual impedía determinar la paternidad motivando de este modo que se ordenase la familiar organización siempre con la madre en relación. Para hacer fundamento en la tónica marcada en la teoría del matriarcado como primitiva organización de la sociedad, Bachofen no puede encontrar causa mejor que aquella hipótesis. (1).

Los terceros sostienen que incipientemente existió, o más bien se dio la unión transitoria como la forma probable originaria de la asociación de los sexos.

(1) CASO ANTONIO citando a Bachofen en su "Sociología Genética y Sistemática", pp. 33 y 34.

Suponen que en las primeras épocas el hombre debe haber mantenido a la mujer hasta el destete del hijo cuando menos; instintivamente primero y por virtud de una consuetudinaria ley posteriormente. (2)

A pesar de que la imaginación viva de los seguidores del suizo etnólogo Bachofen no tuvo duda ver en el origen de las relaciones humanas aquel cuadro del comunismo sexual se piensa que constituyó la monogamia primordial forma, predominantemente y en forma constante, del matrimonio humano.

Los socialistas fueron quienes empeñosamente hicieron defensa de la conceptuación de los grupos elementales en condición de promiscuas hordas, alentados tal vez no tanto por el resultado de sus investigaciones acerca de los datos elementales de la psicología y etnografía, como por su adhesión obligatoria a la pauta de considerar al monogámico y permanente matrimonio como anacrónica invención de moralistas y sacerdotes fuera de moda.

Está claro que resulta sencillo en la historia, señalar determinados periodos que muestran fehacientemente que el matrimonio fue poligámico y aceptar consecuentemente que todas las formas de unión han estado representadas en la humanidad: cuando un hombre está casado con una sola mujer, la monogamia, cuando lo es con varias, la poligamia, cuando una mujer tiene varios hombres, la poliandria. Asimismo vemos que la ginecocracia o matriarcado tiene lugar, cuando la organización social atribuye a la mujer la autoridad de la familia. También observamos a lo largo de la historia de la humanidad el matrimonio por grupos, el matrimonio incestuoso, etc., etc.

Sin embargo, es de notarse que quienes han observado retrospectivamente y con mayor acuciosidad la evolución del matrimonio en el género humano, han confesado tener la impresión de que el hombre, tras de haber comenzado por establecer la forma monogámica se dedicó a hacer experiencias para que a la vuelta de cierto número de ensayos y de errores, concluir que su idea original era la mejor.

Si analizamos con cierto cuidado las formas consuetudinarias en los pueblos antiguos vemos que en la India se podía contraer matrimonio por raptó de la novia, por la compra de la misma o por mutuo consentimiento.

(2) Vid., opus Cit., pp. 32 y sig.

Parece ser, sin embargo que entre aquellos hindúes primitivos, el matrimonio consensual no era considerado del todo respetable; a las mujeres que las robasen les parecían más honroso, y el ser robadas era de los cumplidos el mejor. La poligamia entre ellos fue permitida y aún estimulada, pues era considerado como meritorio el poder mantener varias esposas. A la familia la regia el varón con omnipotencia indiscutible y la mujer ideal fue caracterizada en la epopeya hindú, que obedece y sigue con humildad al marido a través de pruebas de fidelidad y valor que sólo acaban para ella con la muerte.

En algunas ciudades caldeas fue ya un estado regulado por numerosas y sabias leyes, contenidas algunas como las que han sido encontradas en los Códigos de Ur-Engur y Dungi que no han titubeado algunos historiadores en señalar al inspirador talento de Hamurabi como el autor de los mismos.

Conforme a los Códigos señalados, después del ceremonial nupcial la novia conservaba la libre disposición de la dote que era aportada por su padre y tenía los mismos derechos que el esposo sobre la descendencia.

Le estaba permitido a la esposa emprender negocios y buscar fortuna con total independencia del esposo. Podía poseer sus propios esclavos, y asimismo disponer de ellos. Más aún, en el caso de resultar ella estéril, tenía derecho el marido de disolver la unión.

Según decretó Hamurabi, jurídicamente debía ser válido el matrimonio, sólo en virtud de contrato escrito. Y por costumbre, tal matrimonio era dispuesto por los padres y sancionado por obsequios intercambiados.

El padre de la novia era obsequiado con algo considerable, pero era de esperarse que él mismo correspondiera con una dote de más valor que lo recibido.

A pesar de lo narrado, en muchas ocasiones, entre los mesopotamios, el matrimonio se arreglaba en formar de un contrato de compraventa.

Herodoto, el gran historiador griego, viajero incansable de la antigüedad, se ilustró bien de aquellas costumbres extrañas para dejar constancia por escrito del hecho que aquellos que gozaban de tener hijas casaderas, solían llevarlas una vez al año a una plaza donde una gran mu-

chedumbre de hombres se reunía en torno de ella, y en donde mismo, un pregonero público las hacía levantar y eran vendidas una tras otra; dando comienzo por la más hermosa y habiendo obtenido suma cuantiosa por ella, proseguía anunciando la segunda en belleza y así sucesivamente.

Pero la venta estaba condicionada a que los compradores se casaran con ellas.

Entre los hebreos observamos que la Ley Mosaica deja subsistir inicialmente como forma matrimonial la poligamia, pero prohíbe que las uniones sean realizadas entre parientes próximos.

En los libros bíblicos que integran el Antiguo Testamento no se describen normas legales que regulen el matrimonio, pero sí se hace mención al hecho de que se compraban las esposas a cambio de sus servicios. En efecto, vemos que sucedió lo anterior en el caso de Jacob, quien durante siete años le trabajó a "Laban", para que éste le diera por esposa a Raquel su hija. (1).

Otra forma de matrimonio judío puede ser el derivado del matrimonio por compra y que es el de la "Khetuba", consistente en la constitución de una dote por escrito, otorgada en favor de la mujer por el marido, pero que aquel administraba libremente durante el matrimonio, mismo que al ser este disuelto, bien por la muerte del marido o porque éste llegara a repudiar a su mujer, originaba que ésta entrara en pleno dominio de la dote, por lo cual se llegó a interpretar como una cláusula penal contra el divorcio, siendo el valor de dicha dote en la época del "Talmud" dos siglos después de Jesucristo, de doscientos denarios para una doncella y para una viuda cien. (2)

La familia entre los judíos señala el comienzo que alcanza de perfeccionamiento en el Cristianismo, ya que aunque practicaban la poligamia, la mujer tenía en el hogar un puesto de honor, y la Ley Mosaica ordenaba honrar a la madre y respetar a la mujer ajena.

En Egipto es bien sabido que el culto más antiguo en este pueblo era el de "Isis", o sea, la diosa de la maternidad, que era el principio de todas las cosas.

No es extraño que entre los egipcios, la mujer ocupara un prominente

(1) GUNTHER HANS F. K. "Le mariage, ses formes, son origine", traducción de L. Lamorlette. pp. 65 y sigs.

(2) URIBE ESCOBAR RICARDO. "Los derechos de familia" pp. 89 y sigs.

lugar en la familia, y hasta se llegó a decir que la función social de los esposos estaba invertida, ya que las mujeres eran las que ejercían el comercio y dirigían la casa, mientras que el hombre ejercía oficios inferiores aún dentro de la familia. Desde luego, que con esto se demostraba la superioridad que tenía la mujer dentro del hogar.

Entre los modos o sistemas de unión de los egipcios podemos distinguir los siguientes: a) El servil, en que la mujer venía a ser casi una esclava del marido; b) El igualitario, en el que se establecía la igualdad de derecho entre los cónyuges y una especie de comunidad entre sus bienes.

En Grecia la familia era considerada en un grado superior a la de cualquier otra asociación natural, pues más bien la tenían como una asociación religiosa en la que la mujer perdía la religión de su familia para adquirir la de la familia del marido. Tenía, entonces, un lugar secundario en el hogar.

En un principio, el matrimonio era obligatorio a fin de lograr continuidad de la familia y del culto doméstico. Pero cuando, como consecuencia de la natural sobrepoblación así originada, se impuso la limitación de la natalidad y apareció la crisis del matrimonio, surgió el concubinato como una costumbre general que no causó sorpresa ni produjo escándalo.

Estas costumbres que han sido usadas en la antigua India, en Egipto, Grecia, Israel, etc., obviamente han desaparecido en la actualidad.

Pese a tales prácticas, los historiadores están de acuerdo en que el matrimonio babilónico era extremadamente fiel y monogámico.

El divorcio sólo era permitido en caso de esterilidad o enfermedad de la mujer y ésta sólo podía separarse del varón si demostraba fehacientemente crueldad en el mismo.

En los lugares y tiempos de Homero, el matrimonio tenía lugar generalmente por compra. Pagábase al padre de la novia el precio de ésta en cabezas de ganado o su equivalente, pero también el padre de la novia se veía obligado a desembolsar el equivalente a la dote correspondiente.

La ceremonia en la cual ingresaba al estado matrimonial tenía un profundísimo alcance religioso y solía ir acompañada de banquetes espléndidos y manifestaciones contagiosas de regocijo.

Ya contraído el matrimonio o enlace, la dama se convertía en la ama de la casa y disfrutaba de tantas consideraciones cuanto mayor era el número de vástagos que alumbraba.

En realidad, el matrimonio griego es una institución vigorosa en la que abundan esposas modeladas en el espíritu de Penélope.

En Esparta los matrimonios solían arreglarse sin que mediara compra, pero una vez dado el consentimiento, el novio debía raptar a la novia y ella fingir resistirse. El divorcio era rarísimo y los espartanos frecuentemente se jactaron de que en su sociedad no existía el adulterio.

2.—ROMA.

Roma, la metrópoli de la razón y la fuerza, la creadora de los códigos y las espadas, contempla una notable evolución en la estructura fundamental del matrimonio, de tal manera que el derecho Justiniano no llega a conservar, sino débiles vestigios de las primeras épocas.

Sin embargo, una revisión general a todas las fases que llegó a mostrar la institución romana del matrimonio para, extraer aquellas características que son constantes.

El pueblo romano siempre conceptuó la monogamia como una regla absoluta. Los contrayentes debían encontrarse totalmente libres de lazo matrimonial anterior al momento de casarse.

El pueblo romano siempre consideró al matrimonio como algo más elevado que la simple legitimación de la unión de los sexos. A tal concepto espiritualista del matrimonio aluden en el fondo, las poéticas definiciones que del mismo elaboraron los jurisconsultos.

En efecto, el gran Modestino nos define así el matrimonio "*Nuptiae sunt conjunctio maris at feminae et consotium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*". O sea que el matrimonio es la unión del hombre y de la mujer; una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses humanos y religiosos. (1)

(1) FOINGET R. "Manual Elemental de Derecho Romano", traducción del Lic. A. Fernández Aguirre.

Según Ulpiano, citado por M. Ortolán, el matrimonio es una costumbre indivisible de vida, "individuum vitae consuetudinem retinen". (2)

Entre las formas de unión en el Derecho Romano encontramos que constan de tres fases: la primera, es la época del "matrimonio con manus", o sea, aquel que implica poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer y en virtud del cual ella entra a formar parte de la familia del esposo, quedando a la manera de otra hija de éste, bajo la potestad plena del jefe de la casa.

Se distinguían tres formas de adquisición de la manus, o en otras palabras, mediante la práctica de una de tres distintas formas se celebraba el matrimonio del antiguo derecho.

A).—"La confarreatio" consistente en un sacrificio ofrendado a Júpiter; mientras tanto se pronunciaban ciertas palabras sacramentales referentes a la futura comunidad de ritos y de vida entre los cónyuges. Ello, hecho y dicho en presencia de los novios, testigos y ministros.

B).—"La coemptio", venta ficticia de la mujer a su marido por medio de palabras rituales pronunciadas ante el "libripens" y cinco ciudadanos en calidad de testigos.

C).—"El usus", que consistía en el simple transcurso ininterrumpido de un año de vida marital. La mujer que viviera unida a un hombre, podía, sin embargo, que éste adquiriera la "manus", evitándolo; o sea, separándose del lecho común tres noches antes del fin de año. A esta interrupción, llamada "usupartio trinocti", y a sus efectos hace referencia expresa la ley de las "XII Tablas".

La segunda es una época en que junto al subsistente matrimonio con "manus" se practicó una nueva forma; el matrimonio "sine manus" o matrimonio libre.

En el matrimonio "sine manus", la mujer no entraba a la familia de su marido, sino que permanecía en su familia original sin salir de la potestad de su padre o sin salir de ser "sui iuris", en su caso. Hasta ella no se extendía la potestad marital.

El matrimonio sine manus no reviste formalidad alguna y se perfecciona por el simple consentimiento. La autoridad pública no interviene

(2) ORTOLAN M. "Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano". Sexta Edición. Tomo I, p. 965.

en forma alguna en el acto de su celebración y la unión se disuelve en cualquier tiempo a voluntad de los cónyuges, cualquiera de ellos.

No obstante tales características, el matrimonio "sine manus" era considerado "justum matrimonium", válido según las normas del derecho civil.

En la última etapa de las tres fases del matrimonio romano, la manus cayó en desuso y la unión sine manus fue la única en vigor.

Por otra parte, debemos considerar que en el Derecho Romano cinco eran las condiciones de fondo para contraer matrimonio.

La primera era el consentimiento de los contrayentes. Las personas que se casaban debían consentir libremente.

El consentimiento del pater familias debía ser dado cuando se trataba de contrayentes alieni iuris. Los sui iuris no tenían necesidad del consentimiento de nadie.

La pubertad de los pretendientes era requisito sine qua non. Debe entenderse por edad púber aquella en que las condiciones físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para permitirles realizar el principal objetivo del matrimonio: tener hijos que perpetúen la familia.

En un principio, la pubertad se fijó a los doce años para las mujeres; y en cuanto a los hombres se les reconocía púberes en la edad en que el padre de familia encontraba en ellos por el examen de su cuerpo, las señales de la pubertad.

4.—PROYECCION SOCIAL DEL MATRIMONIO.

En la edad media la forma de concertación del matrimonio se daba como exclusiva para los padres en la mayoría de los casos con el objeto de cerrar las líneas del contrato impulsor del estato social o económico a que pertenecieran.

Esto sucede principalmente con los burgueses en las ciudades de la Edad Media. Precisamente sus privilegios protectores, las cláusulas de los reglamentos protectores de los mismos gremios, las complicadas líneas fronterizas que separaban legalmente al burgués, por un lado de las otras

corporaciones gremiales, por el otro de sus propios colegas de gremio o de sus oficiales y aprendices, hacían harto estrecho el círculo dentro del cual podía buscarse una esposa adecuada para él. Y en este complicado sistema, evidentemente no era su gusto personal, sino el interés de familia lo que decidía cuál era la mujer que le convenía.

Así, en los más de los casos, y hasta el final de la Edad Media, el matrimonio siguió siendo lo que había sido desde su origen: un trato que no cerraban las puertas interesadas. Al principio se venía ya casado al mundo, casado con todo un grupo de seres del otro sexo. En la forma ulterior del matrimonio por grupos verosíblemente existían análogas condiciones, pero con estrechamiento progresivo del círculo.

En el matrimonio sindiásmico nos dice Federico Engels, es regla que las madres convengan entre sí el matrimonio de sus hijos.

También aquí el factor decisivo es el deseo que estrecha los nuevos lazos de parentesco, robusteciendo de este modo la posición de la joven pareja en la gens y en la tribu.

Y cuando la propiedad individual se sobrepuso a la propiedad colectiva, cuando los intereses de la transmisión hereditaria hicieron nacer la preponderancia del derecho paterno y de la monogamia, el matrimonio comenzó a depender por entero de consideraciones económicas.

Desaparece así la forma de matrimonio por compra, pero en esencia continúan practicándose cada vez más y más, y de modo que no sólo la mujer tiene su precio, sino también el hombre, aunque no según sus cualidades personales, sino con arreglo a la cuantía de sus bienes.

Es conveniente detenernos con una mirada retrospectiva que sintetice claramente las formas históricas del matrimonio. De este modo podemos observar claramente:

a).—El "vagus concubitus". Bachofen y Morgan, a quienes siguen entre otros, Lubbock, Engels, Bastian, Max Lennan, sostienen que la forma primitiva de relación sexual, en la especie humana fue la promiscuidad o el vagus concubitus.

Esta tesis la consideramos infundada, pues la historia no registra una sola palabra de esto. Ni un solo caso ha podido demostrarse de una acción en que la promiscuidad efectiva del mostrado comercio sexual haya existido como institución social reconocida.

Las pretendidas razones psicológicas, zoológicas, etnográficas que en favor de su teoría aducen los citados autores evolucionistas, pecan todas de apriorismo, y ni siquiera como hipótesis legítimas que corroboren un estado originario de promiscuidad, en oposición clara, por otra parte con todas las doctrinas religiosas.

En el terreno de la investigación histórica no existe en absoluto ni un solo pueblo primitivo, cuyo sistema de relaciones sexuales se aproxime a un estado de promiscuidad o siquiera ofrezca indicios de él. La fijeza de las relaciones familiares no es una tardía conquista de la civilización, sino que existe como regla sin excepción ya en los ínfimos grados de la cultura.

Con el bando socialista nos encontramos que sus postulados de amor libre y de papá Estado quisieran volver a esa promiscuidad, que sus seguidores suponen haber sido la primera fase de la evolución conyugal humana. En la sociedad comúnmente denominada socializada la cuidadosa tutela del Estado hará, según ellos, innecesaria la duración del vínculo conyugal para dejar asegurada y llevar a remate la obra de la educación de los hijos.

b).—*La unión o emparejamiento transitorio.*—Eleutherópulos defiende que la primitiva forma de relación sexual es a la especie humana lo que se ha denominado tradicionalmente "vorübergehende", emparejamiento transitorio.

El matrimonio en esta forma presenta ya alguna estabilidad, bien que por tiempo bastante limitado.

El varón y la mujer permanecen juntos hasta el destete de la prole, quedando luego libres de buscarse cada uno por su lado nuevas uniones. El único hecho primitivo en que se funda el profesor de Zurich, es el de los "mincopis" (aborígenes del Archipiélago de Andamán, en el Golfo de Bengala), los cuales, aún hoy, según él pretende, observan esta forma de contrato matrimonial.

En el año de 1879, investigaciones "ad hoc" del oficial inglés Man, dieron por resultado la falsedad de este hecho, como consta en su informe a la Sociedad de Antropología de Londres.

Con todo Eleutherópulos seguía, tan campante, afirmando en 1909 su exactitud, y basando sobre tan frágil fundamento toda su teoría del proceso histórico del matrimonio y de la sociedad en general.

c).—*La monogamia.*—Es, en realidad, la única forma natural y primitiva del matrimonio. Como tal la reconocen aún muchos autores evolucionistas como Darwin, Ziegler, Rauber, Grosse, Starcke y el célebre historiador de la familia Westermarck.

En sentido de degeneraciones del primitivo estado, pueden considerarse como formas históricamente demostrables de una relación sexual regular y estable la poligamia (pluralidad de mujeres) y la poliandria (pluralidad de varones).

La poliandria es rara y aun sólo entre pueblos de cultura muy inferior suele hallarse, como entre los Aleutas y los Konjaken en el Asia Septentrional. No presenta la forma de *vagus concubitus*, sino la de relación familiar fija, regulada por la ley o por la costumbre, de suerte que una misma mujer tiene por maridos a varios hermanos.

Esta poliandria se deriva necesariamente de la escasez de mujeres, las cuales, como seres despreciables y molestos suelen ser expuestas o privadas de la vida a raíz de su nacimiento en esas tribus de vida poliándrica.

5.—EL ORIGEN NATURAL DEL MATRIMONIO.

La especie humana se propaga por generación. Esta según la intención de la naturaleza, debe obtenerse, no por concurso fortuito, accidental o transitorio de los dos sexos, sino por unión estable y singular del varón con la mujer. De ahí la necesidad de la sociedad conyugal, que, según, el orden de la naturaleza debe ser una e indisoluble.

He aquí la magnífica exposición que de este orden natural nos ofrece Tomás de Aquino. (1)

a).—“Hay que considerar que en las especies zoológicas en las cuales la hembra sólo basta para la nutrición de la prole, no permanecen juntos macho y hembra después del coito. Pero en todas aquellas otras especies en que la hembra no basta para el expresado fin, permanecen juntos por todo el tiempo que es necesario para sustentar a sus hijos, como puede verse en algunas aves, cuyos polluelos recién nacidos no saben pro-

(1) Cfr. AQUINO TOMAS DE. “Contra Gentiles” Lib. III, Cáps. 122 y 123.

curarse la comida, en el cual caso la Divina Providencia ha dado al padre el instinto de permanecer con la madre para ayudarla. Es evidente que en la especie humana la mujer no sería suficiente para sustentar a sus hijos, por las múltiples necesidades de la vida del hombre, a las cuales ella sola no podría atender. Es, por tanto, conveniente, atendida la condición de la naturaleza humana, que, verificada la unión sexual, el hombre no se separe de la mujer, sino que permanezca con ella. A esta razón no obsta el que alguna mujer, en caso particular, pueda por sí sola sustentar a sus hijos por las riquezas que posee; porque la rectitud de los actos humanos no debe juzgarse por lo que pueda suceder accidentalmente en un caso dado, sino por lo que acontece en general.

b).—“Hay que considerar además que en la especie humana la prole no necesita sólo de sustento para el cuerpo, como en los animales, sino también de instrucción para el alma; porque los animales tienen naturalmente sus instintos, por los cuales saben gobernar; pero el hombre debe dirigirse por la razón, que no alcanza la prudencia necesaria sino a fuerza de largo tiempo y experiencia. Por lo cual es necesario que los padres ya experimentados instruyan a los hijos. Ni éstos pueden ser instruidos luego de su nacimiento, sino sólo después de largo tiempo, especialmente cuando han llegado ya a la edad de la discreción. Esta misma instrucción es también obra de años; y aun entonces, a causa de las pasiones que perturban el recto juicio, además de la instrucción, necesitan ser reprimidos y corregidos. Mas la mujer por sí sola no basta para esto, siendo aquí más conveniente y necesaria la acción del padre, en quien es la razón más perfecta para instruir y el poder más robusto para castigar. Las atenciones y el cuidado de los hijos absorben por tanto una gran parte de la vida. Por lo cual, puesto que en todas las especies de animales los padres deben permanecer juntos hasta tanto que su unión es necesaria al bien de la prole, es natural al hombre el formar sociedad duradera con una determinada mujer. Esta sociedad es la que llamamos **MATRIMONIO**”.

Después de esta relación histórica de costumbres y de tesis tan disímolas acerca del matrimonio, se impone un juicio de valor propio.

A nuestro juicio, y que conste que no estamos influenciados por alguna onda romántica, el problema del matrimonio no es ni biológico, ni psicológico, ni moral. Es problema de amor.

En efecto el auténtico amor es la base de la comunidad conyugal

que se llama matrimonio. Y es que el matrimonio no es una meta, es un camino. Casarse no es ponerse uno enfrente del otro; sino "al lado". Esta verdad se compagina con esta otra: en el matrimonio no hay dos líneas paralelas, sino dos líneas convergentes.

El matrimonio, pues, une a los esposos con el mismo yugo —cónyuges— y con la misma suerte —consortes. Matrimonio: dos surcos que guardan la misma semilla.

El matrimonio en consecuencia, histórica y filosóficamente considerado: La unión permanente e indisoluble para dignificar al esposo y a la esposa mediante la procreación de los hijos, dándoles el ser, salud, educación, religión y la ayuda mutua con amor, con comprensión y con servicio.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

- 1.—*Concepto canónico.*
- 2.—*Concepto legal.*
- 3.—*Teoría Clásica.*
- 4.—*Tesis de León Duguit.*
- 5.—*Teorías Eclécticas.*
- 6.—*Tesis Contractualista.*
- 7.—*Doctrina del Acto Mixto.*
- 8.—*Teoría del Acto Condición.*
- 9.—*Juicio Crítico*

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

1.—CONCEPTO CANONICO

Desde el punto de vista de la religión católica, el matrimonio es un sacramento, es la cimentación sobre la que se levanta la estructura familiar; como sacramento es en sí mismo un medio de obtención de gracia santificante o como dice la Encíclica "Casti Connubi", promulgada por el Sumo Pontífice Pio XI, el 31 de diciembre de 1930: "Los esposos, por tan excelso sacramento, serán fortalecidos, santificados y como consagrados, de tal modo que una vez unidos por el vínculo matrimonial, jamás pueden verse privados del auxilio y del lazo de este Sacramento".

La institución del matrimonio es para el Derecho Canónico la simbolización de la unión de Cristo y su Iglesia, por medio de la entrega generosa de la propia persona a otra, con las características de unidad e indisolubilidad "obteniendo una firmeza peculiar por razón del sacramento" como textualmente lo dice el canon 1013 del Código de Derecho Canónico. Es en resumen el acuerdo de voluntades de hombre y mujer para unirse ante Dios representado por el ministro del rito de la religión católica, apostólica y romana.

2.—CONCEPTO JURIDICO.

Si bien es cierto que el derecho regula exclusivamente conductas exteriorizadas, no sucede lo mismo a la inversa, que toda conducta de manifestación externa sea reglamentada por el derecho; es así como un

acto ritual de tipo religioso como por ejemplo, el sacramento del bautismo, el hecho de visitar a un enfermo, la costumbre de dar propinas, etc., con todo y ser actos externos del individuo, no constituyen materia de reglamentación por parte del derecho positivo.

Pero cuando la conducta del hombre que vive en sociedad trasciende más allá de su propia individualidad, el poder estatal a través del órgano competente interviene para regular dicha conducta productora de consecuencias, para evitar aquellos actos que lesionen la estabilidad de una determinada institución o simplemente pongan en peligro la paz social salvaguardando los valores más elevados de la civilización, o proponiendo las medidas adecuadas para el mejoramiento de los individuos relacionados por el fenómeno de independencia social en sus distintos modos y cuyo conjunto forman la comunidad colectiva política; o bien dictando normas adecuadas que tiendan directamente a preparar el medio propicio para su mejor desarrollo.

Es así como el poder gubernamental mediante uno de sus órganos, norma la conducta de los hombres en sus relaciones con los demás, cuando dicho comportamiento debe ser ajustado de tal manera que el ámbito de libertad, de un individuo no interfiera evitando o restringiendo el libre campo de acción de sus semejantes; en suma, reglando la actuación de las personas para la conservación del consorcio social, ya ordenando, prohibiendo o permitiendo ciertas acciones humanas y de esta manera fijando obligaciones y concediendo derechos.

Pero la norma jurídica sólo impone obligaciones y otorga facultades abstractamente; para que se produzcan efectos de derecho concretos es necesario que los sujetos, mediante un hecho jurídico lato sensu hagan actuar la norma.

3.—TEORIA CLASICA

Está representada por Baudry Lacantinerie, Colin, Henri Capitant y Marcel Planiol, siendo estos dos últimos los principales expositores de esta teoría que se conoce con el nombre de doctrina clásica.

Henri Capitant hace la distinción según se trate de actos jurídicos o de hechos jurídicos (en sentido estricto). "De la voluntad derivan di-

rectamente los efectos jurídicos. Tratándose de hechos jurídicos puede decirse que los efectos son directamente creados por el derecho". (1)

Al igual que Capitant, Planiol sostiene la misma postura. Principia por hacer una crítica a la clasificación general tradicionalista fundada en el derecho romano que distingue dos fuentes de las obligaciones en contratos, cuasi contratos, delitos y cuasi delitos, y la ley; sosteniendo que con todo y no ser totalmente falsa, sí es superficial. "Su nomenclatura es viciosa y corresponde no a la realidad", concluye sosteniendo que no hay más fuentes de las obligaciones que el contrato y la ley, y afirma que todos los efectos de derecho que no nazcan de convenios (lato sensu) son obligaciones legales". (2)

4.—TEORIA DE LEON DUGUIT.

Este autor con todo acierto, equipara el acto jurídico al acto psicológico de voluntad, para aplicar el proceso psicomotor de todo acto de voluntad, al acto jurídico, "se basa en las ideas de William James". Para este tratadista el acto jurídico igual que el acto de voluntad se descompone en cuatro partes relacionadas y concatenadas entre sí, que son sucesivamente la concepción o representación del acto querido; la de liberación o discusión interna, la decisión y la ejecución: la última etapa, es para el autor, la única que puede hacer que actúen las reglas de derecho y para él, los tres primeros momentos son la causa de la ejecución que es el acto físico, el movimiento corporal, y hasta ahí nada más puede llegar la voluntad del hombre. "Puesto que el sujeto no puede producir, por su voluntad, sino un movimiento corporal propio, no es, no puede ser su voluntad la que engendre un efecto de derecho, que dé apertura a una vía de derechos. El efecto de derecho no tiene, pues, por causa eficiente, la

(1) Vide BORJA SORIANO MANUEL que lo cita en su obra "Teoría General de las obligaciones". T. I. pág. 100 Edit. Porrúa.

(2) Vide PLANIOL Op. Cit. pág. 487 a 489.

voluntad". Son entonces las reglas de derecho o derecho objetivo las que a merced a actos físicos producen las consecuencias jurídicas. (1)

5.—TEORIAS ECLECTICAS.

Entre las teorías clásicas que se caracterizan por ser sobre todo subjetivistas y la tesis objetivista de León Duguit, encontramos una posición. Su sostenedor es Julián Bonecasse quien expone en el tomo II del suplemento de la Obra de Baudry Lacantinerie, parte de la finalidad que tienen los hechos y los actos jurídicos en cuanto a su función inmediata, la cual consiste en poner en movimiento en pro o en contra de uno o varios sujetos, una regla de derecho o toda una institución jurídica. Por otra parte, la función mediata viene con la creación de las situaciones jurídicas concretas.

Aplicando estas ideas se llega a la reglamentación y encuadramiento jurídico. Así tenemos que el Código Civil norma con una serie de reglas de derecho positivo que regulan el matrimonio es una situación jurídica abstracta ya que mientras no haya sujetos que con su voluntad hagan que les sea aplicable, no les beneficia ni puede perjudicarles.

Sin embargo, es justo hacer notar que el inspirador de la tesis anterior es Mercadé, quien en forma acertada proclama: "se ha podido decir que la obligación proviene primero del contrato y de la ley; segundo, del cuasicontrato y de la ley; tercero, del delito y de la ley; cuarto, cuasidelito y de la ley; y quinto en fin, de alguna circunstancia distinta de las cuales ya hemos enunciado y de la ley".

Consecuentemente, son los dos elementos conjugados. La ley por sí sola no puede producir consecuencias de derecho, los actos o los hechos también son insuficientes si no están previstos por la norma jurídica.

(1) Cfr. BORJA SORIANO MANUEL Op. Cit. pág. 101.

6.—TESIS CONTRACTUALISTA.

Es una de las teorías que acerca del matrimonio se elaboró a principios del siglo pasado y que ha dado lugar a innumerables críticas, enderezadas contra la concepción legislativa del matrimonio como contrato.

El movimiento contractualista se inició en Francia con la redacción del Código de Napoleón, que separando completamente el concepto religioso y el jurídico, dio a la expresión del contrato matrimonial el sentido tradicional de acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos u obligaciones.

Uno de los defensores más acérrimos de esta doctrina es el eminente civilista Luis Josserrand quien sostiene: "Es más sencillo y más exacto definir el matrimonio como la unión del hombre y de la mujer, contraído solemnemente y de conformidad con la ley civil". Se deduce de esta definición: Primero, que el matrimonio es un contrato; segundo, que dicho contrato es solemne; tercero, que se manifiesta por una asociación de personas; y cuarto, que cae bajo la jurisdicción de la ley civil.

Que el contrato es solemne se explica porque tiene lugar ante el Oficial del Estado Civil que procede a su celebración. Gracias a este carácter, el matrimonio no corre el peligro de confundirse con el concubinato, con la unión de hecho.

El carácter asociativo es debido a que los esposos ponen en común sus existencias mismas; y cada vez más sus aportaciones tienden a igualarse.

Es inexacto que el matrimonio sea un contrato. Sabido es que en los contratos ordinarios, aún cuando tienden a disminuir considerablemente, el principio de la autonomía de la voluntad es absolutamente relevante en la formación y modalidades de los propios contratos, y decisiva por lo que hace a la ejecución y cumplimiento y a veces en su resolución. En cambio, hablando de matrimonio, todos los derechos y obligaciones de los cónyuges están fijados por la ley, sin que puedan los contrayentes pactar en contrario contra las disposiciones legales y sin que puedan fijarse cláusulas por parte de los que celebren el acto.

En cuanto a los vicios del consentimiento también es diferente a la aplicación, pues mientras que en los contratos el consentimiento es vi-

ciado por error, dolo o mala fe y violencia, en el matrimonio sólo se aplica el error y no de la misma manera, puesto que sólo se ocupa la ley del error sobre la persona misma, considerada físicamente, con quien se contrae; y en cuanto al dolo y mala fe no se toman en cuenta para viciar la voluntad del otro contrayente. Respecto a la violencia se establecen circunstancias especiales.

Tratándose de capacidad también diversa sobre las reglas para fijarla como la forma en que opera. Por regla general la capacidad para contratar se establece a los 21 años, excepcionalmente a los 18; en materia matrimonial en cambio, hay dos incapacidades; absoluta antes de llegar a la edad núbil y relativa una vez que se tienen esa edad fijada por la ley (14 años en la mujer, y 16 en el varón) y no se han cumplido los 21 años. Por otra parte, los contratos celébranse por un representante a nombre del incapacitado, y el matrimonio lo celebra el incapacitado mismo, con autorización.

Por último la manera como se extinguen los contratos es diferente a como se disuelve el matrimonio, ya que éste, cuando es válido, solamente puede terminar por divorcio o por muerte.

7.—DOCTRINA DEL ACTO MIXTO.

La tercera concepción que pretende explicar la naturaleza del matrimonio es la conocida como tesis del acto mixto. Rouast, en su obra titulada "La Familia" publicada en 1926, ingeniosamente la elaboró aduciendo que en cuanto a la reglamentación externa, el matrimonio es una institución organizada por el derecho objetivo; pero en cuanto al acto que pone en movimiento a la institución, es un contrato.

Marcel Planiol acepta plenamente el concepto de acto mixto como contrato institución. La única argumentación que responde a la realidad de las cosas es la concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez". (1)

(1) Cfr. PLANIOL MARCEL, "Tratado de Derecho Civil Francés". T. II, pág. 58. Edit. Cultural, S. A. La Habana 1946.

Reacciona Planiol contra la aceptación solamente del matrimonio como institución, diciendo que: "no hay que exagerar la parte de verdad que contenga, ya que si bien es cierto que el matrimonio es algo más que un contrato, no hay que olvidar que tiene también naturaleza de contrato". (2)

No es posible admitir la teoría del acto mixto en este sentido, ya que de ser así, se tendría que aceptar la reglamentación de los contratos en general, aplicada al matrimonio, lo que ya se ha visto que no es posible, y por otra parte, si así se hiciera sería sumamente perjudicial atendiendo a los fines sociales que el matrimonio persigue.

8.—TEORIA DEL ACTO CONDICION.

La noción del acto condición no solamente es aplicable al derecho de familia, sino que también se utiliza al derecho administrativo y su concepto y definición se debe a León Duguit: Es el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyan un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación constante.

Como ejemplos pueden citarse el reconocimiento de hijo natural, la investidura de un funcionario público, la naturalización y el matrimonio.

Duguit hace una crítica a la concepción contractualista del matrimonio, luego pasa a examinar el acto mismo, para sostener que es la condición que da nacimiento a una situación legal objetiva, la situación de individuos casados, el estado matrimonial que es una situación permanente que tiene consecuencias generales; imprimiéndose no sólo a los esposos.

Bonnard siguiendo las ideas de Duguit acepta la noción del acto condición "el acto condición parte de la naturaleza del acto subjetivo en cuanto que es en sí mismo un acto de alcance individual o especial, pero difiere de sus características por no establecer, modificar ni suprimir ninguna

(2) Vide Op. Cit. pág. 5.

situación jurídica. No hace sino atribuir o reiterar, a un individuo determinado, una situación general o impersonal ya establecida por un acto regla”.

Efectivamente; para Bonnard el acto condición no toca en cuanto a su contenido a la situación preestablecida o lo que es lo mismo, no fija ni derechos ni obligaciones, tanto unos como los otros están ya establecidos de antemano o como dice el propio autor seguidor de la teoría de León Duguit: “Han quedado ya fijados por el acto regla”, es decir su efecto es solamente atributivo. “Viene a condicionar —continúa el tratadista de derecho administrativo— la posesión de una situación general o impersonal. De ahí el nombre que se le ha dado”.

Como ejemplos de acto-condición encuadra perfectamente en las soluciones legislativas. El matrimonio es un acto-condición. Al contraer matrimonio los dos esposos no fijan el contenido de su situación de casados en una forma. Como lo harían al fijar sus facultades y deberes dos individuos que celebran un contrato de compraventa o de arrendamiento.

En los contratos, ya se ha dicho, las partes pueden fijar cláusulas accidentales o pactar en contrato de las cláusulas naturales. Tratándose de matrimonio la situación es diferente, todos los derechos y obligaciones están previstos por el legislador, y los cónyuges no agregan nada, solamente el acto se encamina a la atribución de los derechos y obligaciones ya establecidos.

Puede concluirse que la denominación genérica de matrimonio abarca a la vez un acto jurídico que es causa originaria del vínculo conyugal, y el estado resultante de ese vínculo que ha nacido por la libre manifestación de los contrayentes y que se caracteriza por atribuir un status uniforme.

El acto condición consiste en colocar un caso individual dentro de una situación jurídica general, ya creada de antemano por la ley, y como ejemplo, típico de estos actos, puede citarse el del matrimonio, que consiste en colocar a los contrayentes dentro de la situación jurídica general de cónyuges, ya establecida por el Código Civil.

El matrimonio no crea la situación jurídica de que va a ser investido el individuo; esta situación ya existe y han sido las leyes las que la han creado y reconocido, y el matrimonio no hace otra cosa que investir a

un individuo determinado, de los poderes y deberes generales reconocidos por las leyes. Ahora bien, los Oficiales del Registro Civil no tienen funciones semejantes a las de los Notarios, sino que son funcionarios investidos por la ley, de poder necesario para colocar, por medio del acto condición del matrimonio, los casos individuales de los pretendientes, dentro de la situación jurídica general creada ya por la ley".

CAPITULO III

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

- 1.—*La falta de edad requerida.*
- 2.—*La falta de consentimiento de quien deba darlo conforme a la ley.*
- 3.—*El parentesco de consanguinidad.*
- 4.—*El parentesco de afinidad.*
- 5.—*El adulterio entre los pretendientes.*
- 6.—*El atentado contra la vida de alguno de los cónyuges.*
- 7.—*La fuerza o miedo graves, y el caso de rapto.*
- 8.—*La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de los demás enervantes.*
- 9.—*Impedimentos por causa de impotencia.*
- 10.—*Idiotismo o imbecilidad.*
- 11.—*El matrimonio anterior no disuelto.*
- 12.—*Oposiciones.*

CAPITULO III

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

1.—LA FALTA DE EDAD REQUERIDA.

Este impedimento actualmente se encuentra redactado en los mismos términos previstos en el Código de 84 y la Ley sobre Relaciones Familiares.

La edad requerida por la ley es la de 16 para el hombre y de 14 años para la mujer (Art. 148). Esta edad es necesaria a partir de la ley de 1917, ya que antes la edad era marcada en 14 y 12 años respectivamente.

La razón del impedimento por la falta de edad, es la consideración de que para cumplir uno de los fines del matrimonio es necesario el desarrollo fisiológico de quienes pretenden contraer matrimonio. La disposición se basa en un criterio médico en relación con las condiciones climáticas y raciales tomando en consideración que a esa edad en nuestro medio, por regla general, se es apto para engendrar y para concebir.

Sin embargo, la comprobación de la aptitud anatómica y fisiológica para generar la especie no es suficiente para la dispensa de la edad, puesto que las causas para que opere la dispensa por parte de los presidentes municipales, deben ser graves y justificadas. (Art. 148).

Casi siempre proceden cuando hay embarazo en la menor y se justifica, no por la destrucción de la presunción de impubertad sino por consideraciones de tipo social, y a fin de evitar la maternidad fuera de matrimonio, protegiendo en cierto modo al nuevo ser que ninguna culpa

tiene. Fuera de este caso no debe otorgarse la dispensa, toda vez que por razones de tipo eugenésico es inconveniente el matrimonio de individuos que, aunque puedan procrear no han alcanzado aún su pleno desarrollo físico, además de la incapacidad que normalmente se tiene a tan temprana edad para cumplir con otro de los objetos primordiales del matrimonio como es la ayuda mutua que deben prestarse los cónyuges.

El matrimonio que se celebra en contravención de lo dispuesto en la Fracción I del Artículo 156 así como del 148, produce la nulidad, pero una nulidad relativa, según se desprende del mandato legal contenido en el artículo 237 que preceptúa: "La menor edad de 16 años en el hombre y de 14 en la mujer dejará de ser causa de nulidad: I.—Cuando haya habido hijos; II.—Cuando, aunque no los haya habido el menor hubiere llegado a los 21 años, y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad".

2.—LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE QUIEN DEBA DARLO CONFORME A LA LEY.

La redacción primitiva de este impedimento arranca del Código de 1884 y se relaciona con el Artículo 149 del Código actual. En efecto, el hijo o la hija que no hayan cumplido 21 años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre y de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído nuevas nupcias y si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos entonces darán el consentimiento los abuelos maternos.

A falta de padres y abuelos, es necesaria la emisión del consentimiento de los tutores, y no habiendo éstos el juez de primera instancia del domicilio del menor suplirá el consentimiento (Artículo 150 del Código Civil).

Puede sin embargo darse el caso de que los ascendientes o tutores se nieguen a dar su consentimiento que revoquen el que ya hayan dado. En este caso los interesados pueden ocurrir al presidente municipal respectivo, quien previo levantamiento de una información testimonial al respecto, suplirá o no el consentimiento.

El Artículo 151 del Ordenamiento sustantivo vigente adolece de imprecisión, o más bien de terminología inexacta al referirse a presidentes municipales, dado que en el Distrito Federal no existen municipalidades sino delegaciones del Gobierno del Departamento del Distrito Federal. Es posible que el legislador haya pensado en la conversión de la entidad Federativa Distrito Federal al virtual "Estado del Valle de México", en el supuesto de que los poderes de la Unión cambiasen de sede o de residencia. Esta circunstancia no resulta imaginaria, pues como hemos observado en otros países como Brasil, Filipinas, etc., la creación de una nueva capital nacional resultaría, en su oportunidad, ventajosa para la armónica descentralización política, necesaria a veces para el mejor desarrollo económico del país.

Luego entonces los interesados que caigan en lo previsto por el Artículo 151 del Código Civil deberán acudir directamente al Jefe del Departamento del Distrito Federal, a través de la oficina correspondiente, a fin de suplir el consentimiento que les haya negado por quien o quienes debió de otorgarles las personas a que se refiere la fracción II del Artículo 156 del mismo ordenamiento.

Por otra parte, si el juez se niega a suplir el consentimiento para que se celebre un matrimonio, los interesados podrán ocurrir al Tribunal Superior respectivo en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles. (Art. 152 del C. Civil).

Al respecto el Artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles establece que tratándose de "la mujer menor de edad, que deseando contraer matrimonio necesite acudir a la autoridad judicial competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar el depósito de su persona".

Dicha solicitud lo podrá efectuar en vía de jurisdicción voluntaria, según lo previenen los Artículos 893 y demás concordantes del Ordenamiento adjetivo.

Por otra parte, la misma ley establece que se tramitarán sumariamente: VI.—La calificación de impedimentos de matrimonio y la responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial.

Esto indica que los interesados en obtener el consentimiento del juez para contraer matrimonio lo podrán solicitar con apoyo en la fracción VI del precepto enunciado. Y en el caso de que el juez dicte una reso-

lución negativa, los promoventes la podrán recurrir ante el Tribunal Superior respectivo interponiendo dentro del término legal el recurso de apelación y acudiendo ante la misma autoridad de alzada a deducir sus derechos.

No obstante los medios que la ley concede a los interesados en obtener la suplencia del consentimiento, la realidad nos demuestra que no son aprovechados, debido tal vez a la ignorancia o negligencia de los mismos interesados.

3.—EL PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD.

Nuestro Ordenamiento Sustantivo establece como impedimento para contraer matrimonio "el parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación alguna de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa". Art. 156, III del Código Civil).

Este impedimento al igual que el anterior tiene como base o fundamento razones de tipo moral o fisiológico. Tiende a evitar la existencia de la promiscuidad tan común en los albores de la humanidad, y como consecuencia de esto evitar la degeneración de la especie por la unión de parientes próximos.

Debe ponerse atención de que las religiones en su mayor número señalan también este impedimento. Al respecto podemos señalar que la religión católica, en su derecho canónico, al hablar de los impedimentos dirimientes e impedientes para la celebración del sacramento del matrimonio, señala como causa dirimente el parentesco de consanguinidad. La dispensa de este impedimento por parte de la autoridad eclesiástica entraña condiciones muy especiales que deben acreditarse plenamente ante la curia respectiva.

En todas las legislaciones el parentesco consanguíneo, dentro de ciertos grados de unas determinadas líneas entraña impedimento para el matrimonio.

Como observamos, obedece ello a consideraciones diversas. En primer lugar, fundamentaciones de tipo eugenésico, puesto que las relaciones entre personas unidas por el parentesco próximo, son productoras de frecuentes taras mentales y síquicas, así como los defectos de conformación orgánica que casi siempre resultan hereditarios. (1)

En segundo término, la prohibición tiene su fundamento en el carácter moral sustentador de la familia, toda vez que si se evitan las causas de corrupción, la familia después de ser inestable acabaría por desaparecer. (2)

4.—EL PARENTESCO POR AFINIDAD.

La afinidad en línea recta produce el mismo impedimento que el parentesco consanguíneo, esto es, hasta el infinito, por disposición del Artículo 156 Fracción IV.

La afinidad nace del matrimonio y consecuentemente el parentesco se establece entre el esposo y los parientes de su mujer y viceversa. (Art. 294).

Los preceptos que consagran prohibiciones para contraer matrimonio entre parientes consanguíneos y afines (Frac. III y IV del Art. 156, evidentemente son de orden público y por lo tanto su infracción debiera sancionarse con la nulidad absoluta, con todos sus defectos y consecuencias inherentes a esta especie de nulidad; pero la naturaleza compleja del matrimonio en determinados casos, por ejemplo cuando es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual, sólo da lugar a la nulidad relativa, cuando se ha contraído el matrimonio sin que haya obtenido la dispensa.

Nuestro legislador distingue por un lado, el parentesco de consanguinidad en línea recta y colateral igual y el parentesco de afinidad igualmente en línea recta, en cuyos casos el matrimonio es absolutamente nulo, declarándose en el artículo 242 que la acción de nulidad puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público; por otro lado, el parentesco por consanguinidad que sí admite

(1) PLANIOL. "Tratado de Derecho Civil". pp. 341 y 342.

(2) Vide Op. Cit. p. 342.

dispensa (tíos y sobrinos), hipótesis en la cual si no se pide dispensa, ésta puede obtenerse con posterioridad y de esta manera convalidar el acto. Y si solamente está pendiente la dispensa al momento de celebrarse el matrimonio, éste es lícito.

5.—EL ADULTERIO ENTRE LOS PRETENDIENTES.

Este impedimento tiene su origen en el derecho canónico, que lo clasificaba como una especie del género crimen "no podía un hombre casarse con una vida con quien hubiese cometido adulterio viviendo su marido".

Es raro que ni los códigos anteriores, ni la Ley sobre relaciones familiares estimaran este impedimento, que se funda en las consideraciones de tipo moral, así como para proteger el orden familiar. Por una parte se exige la recta conducta de los cónyuges, imponiendo como una pena a más de las sanciones penal y civil consagrada en la Fracción I del Artículo 267, la sanción consistente en impedir que puedan contraer matrimonio con el copartícipe del hecho ilícito, y por otra se trata de proteger la unidad familiar, al obstaculizar la pretendida vida en común del seductor de la mujer casada.

Por simple disposición de la ley, el adulterio debe haber sido judicialmente declarado y comprobado, sin distinguirse el precepto entre la comprobación en procedimiento penal o civil. Como quedó esbozado, al tratar del adulterio como causal del divorcio, este hecho ilícito es materia de la que se ocupará el derecho penal así como el derecho de familia, aplicando los propios ordenamientos sus particulares sanciones. Los dos procedimientos son independientes entre sí, pudiendo ejercitarse la acción penal por separado de la acción civil cuando concurren determinadas circunstancias que hagan lo ilícito penal; la acción civil, por su parte tampoco requiere para su ejercicio de la existencia de la culpabilidad penal, pero habiendo sido probado el delito de adulterio se podrá enderezar la demanda en la vía civil sin grandes dificultades.

Ninguno de nuestros ordenamientos define el adulterio, el cual debe entenderse como "la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre per-

sona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial". (1)

Como presupuesto lógico y jurídico es necesaria la existencia del matrimonio, mientras no haya sido declarado nulo o haya recaído sentencia firme en el juicio de divorcio que disuelva el vínculo matrimonial de uno de los copartícipes. El estado civil del otro copartícipe es indiferente.

Pero para que el adulterio llegue a constituir delito, es menester que concurran las circunstancias que señala el artículo 273 del Código Penal, es decir que sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Para los efectos civiles es irrelevante el perdón otorgado después de dictada la sentencia que cause ejecutoria, ya que en estas condiciones el perdón del ofendido sólo extingue los efectos materiales de la acción penal.

La nulidad que afecta al matrimonio que se celebra con este impedimento es relativa, puesto que sólo se concede la acción al cónyuge ofendido y al Ministerio Público Art. 243, primer párrafo), además ésta prescribe en seis meses (Art. 243, 2o. párrafo).

6.—ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ALGUNO DE LOS CONYUGES.

El origen del impedimento por esta causa se remonta también al derecho canónico, y es la otra especie del impedimento genérico de crimen. En este derecho es preciso se produzca la muerte del cónyuge, por lo cual el impedimento es de homicidio, requiriendo además que se haya cometido con la intención de dejar viudo al cónyuge para contraer matrimonio. "El homicidio del marido con el designio de casarse con su mujer, no es un impedimento dirimente entre esa mujer y el asesino. Es necesario, para que el impedimento tenga lugar, que el atentado contra la vida de uno de los cónyuges haya sido consumado, y seguido de la muerte". (1)

Una disposición semejante se encontraba en las legislaciones civiles

(1) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Tratado de Derecho Penal". pp. 420.

(1) Vide. DICCIONARIO DE DERECHO CANONICO.

anteriores, en la misma forma y con la misma redacción que en la actualidad tiene en el artículo 156.

El motivo de este impedimento se fundamenta en consideraciones de protección del matrimonio, contra el desbordamiento pasional que en un momento dado pudiera compeler a individuos a atentar contra la vida de uno de los cónyuges.

Los antecedentes de derecho canónico pudieran dar luces para pensar si la disposición se refiere a homicidio o tentativa. La redacción de esta fracción VII es lo suficientemente clara, como para no dejar lugar a dudas; la sola tentativa constituye el obstáculo a la celebración del matrimonio; por mayoría de RAZON SURGE EL IMPEDIMENTO, cuando el que pretende contraer matrimonio logró plenamente sus propósitos.

En lo que si es deficiente la fracción comentada, es por lo que respecta a la persona que atenta contra la vida de uno de los cónyuges, pues supone que el atentado lo realiza un extraño al matrimonio, sin hacer alusión al atentado de uno de los cónyuges contra la vida de su consorte, lo que es todavía más censurable pues implica un acto violatorio de los más sagrados principios de lealtad y fidelidad conyugal.

Lo que sí constituye un elemento "sine qua non", es la intencionalidad del autor del atentado, que debe siempre tener como mira la viudez del cónyuge para poder contraer el matrimonio. Puede darse el caso del atentado por cualquier otro motivo, puede atentarse con justificación o sin ella, supóngase la causa más ruín por la cual se atenta contra la vida; mientras no sea con el propósito de casarse con el cónyuge que quede libre de vínculo matrimonial, no constituye impedimento, puesto que la razón de éste es proteger el estado matrimonial, es su principal objetivo, la tutela y protección del bien de la vida corresponde a las leyes penales.

El matrimonio del que sufre el atentado, debe haberse disuelto, por cualquiera de las tres causas que ponen fin al mismo, dado que de lo contrario, habría un impedimento de otra índole que sería la bigamia.

En el caso del atentado en estas circunstancias, estamos en presencia de un impedimento dirimente; como tal, su contravención se sanciona con la nulidad, según se desprende de la lectura del artículo 244.

La acción de nulidad se concede a determinadas personas y prescribe en seis meses.

7.—LA FUERZA O MIEDO GRAVES Y EL CASO DE RAPTO.

Al hablar el precepto legal, de fuerza o miedo graves, se está refiriendo a la violencia como un impedimento para que se celebre válidamente el matrimonio, toda vez que vicia la voluntad de aquél, que aunque manifestándolo y existiendo formalmente, se ha decidido por razón de preferencia, entre un acto no deseado en el que se ha consentido y un mal potencial o actual que se ha evitado.

La violencia, como ha quedado establecido, puede ser de dos clases: física o moral; la primera se da cuando se ejerce en una forma actual y materialmente; la violencia moral es la que consiste en amenazas con referencia a la persona que debe realizar o abstenerse de hacer algo, o con referencia a las personas que están ligadas al sujeto violentado, por razones de afecto o parentesco. La violencia moral contemplada desde el punto de vista del sujeto activo, o sea quien ejerce la violencia se denomina amenaza y vista desde el ángulo del sujeto pasivo, se nombra intimidación, que equivale a amedrentamiento o miedo.

El legislador ha empleado el término miedo grave en una forma bastante aceptada, ya que puede haber amenazas que no tengan la fuerza para causar intimidación; tratándose de miedo grave es preciso que éste se demuestre y no solamente se presuma.

Dada la trascendencia social que puede tener en nuestro medio la prueba de este impedimento, me voy a permitir esbozar un breve estudio sobre el miedo grave con el propósito específico de fijar sus distintos grados desde un punto de vista filosófico y clínico. Obviamente en los casos de miedo grave los dictámenes médico-siquiátricos resultan de enorme valía,

La palabra miedo expresa el estado de ánimo producido por el riesgo de un mal, real o imaginario, capaz de constreñir a la ejecución de cualquier acto que libremente no se hubiera ejecutado. Así Aristóteles definió el miedo "como la espera de un mal". (1)

Naturalmente que el miedo a que se refiere la ley no es común, sino que debe llenar características especiales, cuya demostración se exige plenamente.

(1) Vide ARISTOTELES. "Ética a Nicómano". L. III, 6, 1115.

Analizando la naturaleza del miedo grave desde un punto de vista eminentemente científico podemos distinguir dos ángulos:

a).—Objetivamente caracteriza esta fase la dirección automática de la conducta. La corteza cerebral sufre ya los efectos de la total inactivación producida por la completa invasión del miedo. De aquí deriva la liberación incontrolada de los dispositivos y pautas reflejos ancestrales de los centros encefálicos inferiores, en cuyos impulsos motores, de extrema violencia no hay manera de interferir, ni desde el campo situacional (mediante estímulos tranquilizadores), ni desde la intimidación personal (por un supuesto esfuerzo de voluntad). La "tempestad" se hace kinética o sea que tiene lugar en la esfera motriz, correspondiente al llamado por Goldscheider, reflejo catastrófico. Muy exactamente dice que "pueden observarse crisis convulsivas hiteropileptiformes; la fuerza muscular parece centuplicada, pero es ciegamente liberada en actos que sólo por casualidad resultan adecuados".

b).—En el plano subjetivo el "miedo grave" es una amenaza de peligro, no importa cuál sea ni de dónde venga; es por ende la consecuencia de aquella. El impulso del agente proviene de la amenaza de riesgo que le aterra.

El aspecto subjetivo corresponde a lo que llamó Kraus dominio de la "persona subconsciente" y profunda: el sujeto apenas si se da cuenta de lo que ocurre o de lo que realiza; algunas pesadillas. . . es todo lo que ocurre, o más bien, lo que llegó a producirse en su esfera consciente.

Como se puede apreciar de lo expuesto, el miedo grave a que se refiere la ley es de características muy especiales.

Este es otro impedimento dirimente; la acción de nulidad sólo puede deducirla el cónyuge que ha sufrido el vicio, prescribiendo la acción a los sesenta días después de que haya cesado la violencia o la intimidación. Art. 245.

Por disposición del artículo 245, deben concurrir, para que el miedo y la violencia sean causas de nulidad, las siguientes circunstancias:

I.—Que uno u otro importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.

II.—Que el miedo haya sido causado, o la violencia hecha al cón-

yuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela, al celebrarse el matrimonio.

III.—Que uno u otra, hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

“En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida al lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad”. Art. 156, Fracción VII.

El raptó implica violencia o engaño, consecuentemente se presume que mientras esté la raptada en poder de su raptor, subsiste el vicio.

Desde luego, para los efectos de la segunda parte de la fracción VII, se deduce que el motivo del raptó es el de casarse; cuando se ha celebrado el matrimonio estará afectado de nulidad, pero el ser restituida la mujer a lugar seguro, puede convalidarse el acto por ratificación.

8.—LA EMBRIAGUEZ HABITUAL, LA MORFINOMANIA, LA ETEROMANIA Y EL USO INDEBIDO Y PERSISTENTE DE LOS DEMAS ENERVANTES.

Las razones de este impedimento son las mismas que la de la causal de divorcio contenidos en la fracción XV del Artículo 267. La única particularidad respecto al impedimento, es en cuanto al tiempo en que subsisten estos hábitos, pues para que sea impedimento, debe ser anterior al matrimonio y subsistir al tiempo de celebrarse el mismo. La convalidación del acto se encuentra reglamentada en el Artículo 346; la acción de nulidad se concede únicamente a los cónyuges y prescribe a los sesenta días de la celebración del matrimonio.

Lo mismo puede decirse respecto del impedimento por la razón de las enfermedades que señala la fracción VIII y que se estudió cuando se vio la fracción VI del Artículo 267.

Resulta irrelevante la idea que sostienen algunos sociólogos modernos sobre el beneficio o la inocuidad que entraña el empleo de enervantes.

9.—IMPEDIMENTOS POR CAUSA DE IMPOTENCIA.

El motivo en que se funda este impedimento, es la imposibilidad de cumplir con una de las finalidades del matrimonio por lo cual ha llegado a discutirse incluso si por esta causa el matrimonio es inexistente.

En el derecho canónico siempre ha sido considerada la impotencia sexual como causa que anula el matrimonio; ello se debe a la distinción que se hace del matrimonio rato y del matrimonio consumado, éste último como es sabido, es absolutamente indisoluble. "El vínculo del matrimonio cristiano es tan fuerte que, si ha llegado a su plena estabilidad con el uso de los derechos conyugales, ninguna potestad en el mundo, ni siquiera la nuestra tiene el poder de rescindirlo". "Podemos por último, si hay una justa y proporcionada causa, disolver el vínculo de los esposos cristianos, el si pronunciado por ellos ante el altar, cuando conste que no llegó a su consumación con la actuación de la convivencia matrimonial. Pero una vez sucedido ésto, ese vínculo permanece sustraído a toda ingerencia humana".

Por consiguiente, dada la naturaleza sacramental con sus características de indisolubilidad, la causa de nulidad, por impotencia debe surgir con antelación a la celebración y subsistir, pues si después de consumada sobreviene la impotencia, no habrá lugar a disolución.

El derecho civil una vez contraído el matrimonio de un impotente, si prescribe el plazo para pedir la nulidad, solamente podrá demandarse el divorcio con fundamento en esa causa, o bien, si el esposo se torna impotente después de contraído el matrimonio.

En la Ley sobre Relaciones Familiares es causa de nulidad e impedimento a la vez, acertada solución, ya que para que opere como impedimento era menester que se tuviera conocimiento de su anomalía fisiológica del cónyuge.

Actualmente se considera como impedimento dirimente, produciendo consiguientemente el mismo efecto jurídico, es decir, la nulidad relativa según es desprende del texto del artículo 246.

Al respecto, y con referencia a la inexistencia, nuestro máximo tribunal ha sostenido la siguiente tesis: "Son elementos esenciales del matrimonio el consentimiento de los cónyuges, la diferencia de sexos y las

solemnidades requeridas por la ley. La impotencia sólo está considerada como un elemento de falta de validez. . . se trata de una causa de nulidad que sólo puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges. Además, limitándose la acción exclusivamente a éstos, la nulidad es relativa; y el hecho de que la impotencia impida realizar los fines del matrimonio en cuanto a la perpetuación de la especie, no puede considerarse como causa de inexistencia, pues no afecta al acto matrimonial en su constitución misma, sino a uno de los fines de la institución". (1)

Inaplicabilidad de este impedimento.—La ley y la doctrina reconocen como uno de los fines primordiales del matrimonio la perpetuación de la especie; y como uno de los efectos que produce entre los cónyuges, la doctrina admite el débito carnal y su correspondiente derecho sui géneris de conducta intersubjetiva. Pero el objeto consistente en la perpetuación de la especie, en algunos casos se torna inaccesible sin que quepa sanción alguna; así también, el efecto antes mencionado, que normalmente es creado por el vínculo matrimonial, justificadamente se hace inejercible e inexigible.

Estas situaciones de excepción son el matrimonio en artículo de muerte y el matrimonio entre ancianos. En el primer supuesto, la finalidad con que se contrae casi siempre es por motivo de legitimación. En el segundo, no puede decirse que la impotencia sea un impedimento, ya que es de suponerse que los individuos que contraen matrimonio a edad bastante avanzada, están ciertos de que no van a unirse con una finalidad de procreación, más que todo, por el deseo de allegarse compañía en sus últimos años; supóngase por ejemplo el matrimonio celebrado entre una anciana que toda su vida la ha pasado soltera y ha perdido sus parientes. Y un individuo también de edad senil. ¿Podrá decirse acaso que un matrimonio en esas condiciones no tiene objeto? Quizá sea entonces cuando más falta hace, aunque sea mínima, la ayuda material y espiritual. Por otra parte no hay que olvidar que el Código al señalar la edad núbil, marca la edad mínima para adquirir el derecho, pero no fija un máximo en que se extinga.

(1) Vide PACELLI EUGENIO PIO XII. "El Vínculo Divino", discurso pronunciado ex cátedra.

10.—IDIOTISMO O IMBECILIDAD.

Impedimento reconocido por el Derecho Canónico bajo la designación de demencia, comprendiendo por tal la imbecilidad y la locura furiosa.

Los códigos de 70 y 84 señalaban la locura constante e incurable y la Ley sobre Relaciones Familiares, incluía la locura al lado de las enfermedades crónicas e incurables. Estas legislaciones en verdad daban un sentido bastante amplio, que en realidad era debido al atraso en que se encontraba la medicina legal y una de sus ramas que es motivo de estudio por parte de la criminología, la psiquiatría forense.

El código vigente al limitar el impedimento a los efectos por estas deficiencias mentales, excluye a individuos que perturbados en sus facultades mentales, son capaces de razonar y aceptar responsabilidades, aún cuando frente algunas situaciones puedan mostrar distorsiones de la realidad objetiva.

W. Mayer Goos (1) al tratar de la psiquiatría administrativa y legal el problema jurídico relativo a la deficiencia mental, se expresa así: "Para los fines prácticos es costumbre clasificar los deficientes mentales en débiles mentales, imbeciles e idiotas. Es esta una división artificial, puesto que la graduación de un nivel al siguiente es continua. La Ley de deficiencia mental, define al idiotismo como "La persona en quien existe deficiencia mental hasta tal grado que es incapaz de protegerse contra los peligros físicos comunes". Los imbeciles son: "Personas en las cuales la deficiencia mental, a pesar de no alcanzar el grado de la del idiota es, no obstante, tan pronunciada que son incapaces de arreglar sus propios asuntos"... "Los débiles mentales se definen como personas cuya deficiencia, si bien no llega a la imbecilidad, hace que necesiten cuidados, vigilancia y tutela para su propia protección o para la protección de los otros".

Si analizamos esta causa que impide el matrimonio, a la luz de la Ley sobre Relaciones Familiares, se debe aceptar que su motivo se funda en razones eugenésicas, así como en la protección del otro cónyuge.

(1) W. MAYER GOOS. "Psiquiatría Clínica". T. I. p. 98 Ed. Paidós. Buenos Aires, 1958.

Pero el legislador de 28 la ha convertido en un impedimento por razón de la incapacidad, aunque si aplicamos estrictamente las reglas sobre la inexistencia, debemos llegar a la conclusión de que no hay consentimiento en los afectados por estos males orgánico-mentales.

Esta fracción del artículo 156 se relaciona con la II del 450. Tienen incapacidad natural y legal: II.—Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad. . .” Hay quienes opinan que debía quedar colocado este impedimento al lado de la fracción primera del artículo que enumera las causas que impiden el matrimonio lícita o válidamente; pero no hay que olvidar que la falta de edad, no establece en razón de la incapacidad del artículo 450, sino en una falta de aptitud genésica.

La fracción novena de la que se está tratando, no dice “que sea constante e incurable”, pero ello no es necesario, toda vez que médicamente está comprobada la incurabilidad de las mencionadas deficiencias mentales.

Por último, la nulidad que produce la contravención a esta disposición, es relativo atento lo dispuesto por el artículo 247 “Tienen derecho de pedir la nulidad a que se refiere la fracción IX del Artículo 156, el otro cónyuge o el tutor del incapacitado”.

11.—EL MATRIMONIO ANTERIOR NO DISUELTO.

Este impedimento es bien conocido; arranca desde el derecho romano. (1)

“La bigamia, en efecto, estaba prohibida por los romanos, bajo pena de infamia. Bajo Justiniano fue castigada hasta con pena de muerte, según testimonio de Teófilo”.

Los principios del matrimonio monogámico fueron reforzados por las ideas cristianas de matrimonio único e indisoluble así pasó a nuestro derecho hasta 1917 en que la Ley sobre Relaciones Familiares, le quitó el carácter de indisoluble.

(1) EUGENE PETIT. “Tratado Elemental de Derecho Romano”. Pág. 106. Ed. Nacional 1952. En el mismo sentido R. Foignet “Manual de Derecho”. Pág. 54. Ed. Cajica.

La monogamia, razón en la que se funda la última fracción del artículo analizado, en la actualidad es aceptada por casi todos los países civilizados, aún entre aquellos donde por siglos se permitió la poligamia, como Turquía, donde a partir de este siglo quedó abolida. En otros países si no está prohibida, resulta impracticable, por consideraciones de tipo económico y social.

La subsistencia del vínculo matrimonial como impedimento, es, al igual que el impedimento por parentesco no dispensable, causa de nulidad absoluta, de conformidad con el artículo 248.

De todo lo analizado podemos concluir que hay dos tipos de impedimentos cuya contravención causan la nulidad absoluta; impedimentos impeditivos que de acuerdo con el párrafo final del artículo 156 son: la falta de edad núbil y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual; e impedimentos dirimentes, cuya presencia causan la nulidad relativa.

12.—OPOSICIONES.

Son las modalidades, o más bien, las medidas preventivas que la ley señala, con el fin de evitar la celebración de matrimonios con la presencia de impedimentos; es decir, los actos por los cuales ciertas personas con calidad suficiente para ello, señalan al oficial del Registro Civil un impedimento para el matrimonio.

El oficial del Registro Civil, no puede efectuar el matrimonio sino cuando los pretendientes hayan llenado todos los requisitos que prescriben los artículos 97 y 98 del Código Civil, entre los cuales se encuentra la declaración de no tener impedimento legal para casarse. Art. 97-11.

Empero los pretendientes pueden ocultar un impedimento, esto es, a sabiendas de su existencia, o bien de buena fe por ignorancia del mismo. Se necesita, pues, permitir a los parientes y a los terceros, informar a las autoridades que esos impedimentos que constituyen obstáculo para la celebración del matrimonio.

En nuestro Código Civil, el derecho de oposición se concede a cualquier persona, pero se sujeta al temerario denunciante, a las penas establecidas para el falso testimonio en materia civil, y al pago de costas y

gastos, más daños y perjuicios, cuando se declare que no existe el obstáculo denunciado. Art. 106.

Procedimiento para las oposiciones.—“El Oficial del Registro Civil que tenga conocimiento de que los pretendientes tienen impedimento para contraer matrimonio, levantará una acta ante dos testigos, en la que hará constar los datos que le hagan suponer que existe el impedimento. Cuando haya denuncia, se expresará en el acta el nombre, edad, ocupación, estado y domicilio del denunciante, insertándose al pie de la letra la denuncia. El acta firmada por los que en ella intervienen, será remitida al juez de primera instancia que corresponda, para que haga la calificación del impedimento”. Art. 105.

Desde luego, que los pretendientes podrán alegar lo que a su derecho convenga, después de haber sido sabedores de la denuncia, el Art. 107 prescribe: antes de remitir el acta al juez de Primera Instancia, el Oficial del Registro Civil hará saber a los pretendientes... absteniéndose de todo procedimiento ulterior hasta la sentencia que decida el impedimento cause ejecutoria”.

CAPITULO IV

ILICITUD EN EL MATRIMONIO

- 1.—*Contravención a Leyes de Orden Público.*
- 2.—*Pendiente la dispensa de un impedimento.*
- 3.—*Falta de la dispensa que prevee el Art. 159.*
- 4.—*El plazo de viudedad.*
- 5.—*El plazo impuesto a los divorciados.*
- 6.—*El concurso de los delitos en el matrimonio ilícito.*
- 7.—*El rapto, impedimento y causa de ilicitud del matrimonio.*
- 8.—*Inexistencia del delito de adulterio.*
- 9.—*Tipificación que debemos aceptar sobre el matrimonio.*

CAPITULO IV

ILICITUD EN EL MATRIMONIO

1.—CONTRAVENCION A LEYES DE ORDEN PUBLICO.

Es preciso concebir la ilicitud tomada en el sentido del artículo 1830, o sea la que deriva del acto contrario a las leyes de orden público; son limitaciones a la autonomía de la voluntad, y generalmente adoptan un carácter prohibitivo. Ha quedado demostrado que la autonomía de la voluntad no opera en matrimonio; la voluntad de los contrayentes sólo es eficaz para que les sea aplicable el estatuto creado de antemano por la ley, de donde se deduce que las normas que rigen el matrimonio son absolutamente de orden público. En relación con el Artículo 8o., la violación de los preceptos de este tipo se sanciona con la nulidad; este artículo en su parte sancionadora agrega: "excepto en los casos en que la ley ordena lo contrario" como uno de estos casos es el que el artículo 264 señala, desaparece la sanción de nulidad.

La razón es fácil de comprender, se toma en cuenta que la disolución de un matrimonio es un acto que trasciende más allá de los intereses de los cónyuges, perjudicando muchas veces a seres inocentes por culpa o negligencia de sus padres. Pero por otra parte, el derecho debe velar porque el matrimonio esté lo más exento posible de irregularidades que atenten contra el patrimonio de los menores, la determinación de la paternidad, la salud física y mental de futuras generaciones, y por último contra la estabilidad del matrimonio. Prohibiendo el matrimonio en determinadas circunstancias, que no son tan graves para que sean causas de nulidad, resultaría mayor el perjuicio ocasionado con la disolución del vínculo matrimonial.

La contravención de la prohibición tampoco debe quedar impune, ya que entonces la norma carecería de eficacia. El otro problema que suscita el artículo que se analiza, se desprende de su artículo complementario, 265 que hace un reenvío a la ley penal al decir: "Los que infrinjan el artículo así como los que siendo mayores de edad contraigan matrimonio con un menor sin autorización de los padres de éste, o del autor o del juez, en sus respectivos casos, y los que autoricen esos matrimonios, incurrirán en las penas que señale el Código de la materia".

El ordenamiento que señala las penas, excepto cuando se trata de normas de derecho penal accesorio, es el Código Penal, a éste es al que se refiere la norma, si se toman en cuenta los antecedentes legislativos.

Examinando la legislación penal fundamental, no se encuentra precepto alguno que siquiera haga mención a los matrimonios ilícitos.

Sin embargo, sobre este punto no podemos olvidar que la bigamia y el rapto en su caso pueden anular un matrimonio.

Como antecedentes legislativos sobre esta materia podemos señalar los Artículos 312 y 313 del Código de 1870.

El Código de 1884, en su artículo 288 reproducía fielmente el contenido de su correlativo en el Cuerpo de leyes ya expuesto.

Debemos hacer especial hincapié en la Ley de Relaciones Familiares, que en su artículo 142 establecía para los que infringieren la disposición en cuestión una "pena que no bajará de seis meses ni excederá de dos años de prisión". Sanción, que como todos sabemos no existe en el Código vigente.

2.—PENDIENTE LA DISPENSA DE UN IMPEDIMENTO.

Según ha quedado asentado, los dos únicos impedimentos susceptibles de dispensa son los que establecen la fracción I del Artículo 156 y el tercer supuesto de la fracción III del mismo artículo, es decir, la falta de edad núbil y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

El impedimento por algunas de estas causas es dispensable, más no siempre debe ser dispensado.

La fracción I del Artículo 264 determina, que será ilícito el matri-

monio que se contraiga "estando pendiente la decisión del impedimento", es decir que se haya solicitado la dispensa y aún no se haya otorgado. Aquí es conveniente hacer notar lo incompleto de esta norma, debiendo agregarse siempre y cuando el impedimento sea dispensado.

De lo contrario sería absurdo que existiendo una causa de nulidad, el matrimonio fuera solamente ilícito. La Fracción II del Artículo 235 señala sin hacer ninguna distinción, la concurrencia de impedimentos enumerados en el artículo 156.

Por otra parte el artículo 264 refiriéndose a los contenidos en la fracción III claramente dice: "Es ilícito pero no nulo el matrimonio", yendo en esta forma en contra del principio lógico de no contradicción y creando un estado de confusión por la concurrencia aparente de leyes.

La solución propuesta es en el sentido de que cuando el matrimonio se celebra estando pendiente la decisión de dispensa del impedimento y ésta se niegue, el matrimonio será válido, pero habrá lugar a las sanciones del matrimonio ilícito.

3.—FALTA DE LA DISPENSA QUE PREVEE EL ART. 159.

El artículo 159 trata este impedimento impediendo: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de tutela.

Esta prohibición comprende también al curador, y a los descendientes de éste y del tutor".

Sus antecedentes se remontan a las leyes de Las Partidas del año de 1267, en la Séptima Partida "Que habla de todas las acusaciones y maleficios, que los hombres hacen, y qué pena merecen", se encuentra esta prohibición dándole el trato de adulterio comprendido en el título XVII. Concretamente la Ley VI se expresa así: "Cómo el guardador, o su fijo, debe haber pena de adulterio, si se casa alguno de ellos con la huérfana que tuviere en poder". (1)

(1) LOPEZ GREGORIO. Glosador de "Las siete partidas del Rey Alfonso el Sabio". Imprenta de Benito Monfort. Valencia, 1767.

“Con alguno la huérfana que tuviere en guarda no puede con él casar, ni darla por muger o fijo, ni a su nieto; fueras, ende, si el padre la oviese desposado en su vida con alguno dellos, o lo mandare fazer en su testamento. E si el guardador contra esto fiziere, debe por ende recibir pena de adulterio. . . Pero decimos, que si alguno tuviere en guarda huérfano varón muger el casarse su fija con él non caería en pena de adulterio el guardador, nin la fija que casase con él, a esto es, porque el huérfano, después que es casado, trae una muger a su casa, e non recibe embargo ninguno en demandar cuanta a su guardador, de todos sus bienes: lo que non podría fazer tan ligeramente la huérfana después que fuere casado con él, o con su fijo. E por esta razón acaecer que perdería gran partida de sus bienes, non le osando demandar cuenta dellos”.

Aunque con los muchos errores propios de la época, se vislumbra la razón de la prohibición.

La ley XV, señala la pena por adulterio: “Cuando seyendo alguno ome, que oviese fecho adulterio; si le fuesse provado que lo fizo, debe morir porende”.

En el Código de 70, este impedimento se encontraba reglamentado por los artículos 174, 175 y 176; los dos primeros redactados en los mismos términos del 159 actual, con una sola diferencia. Nos decía el 174 lo mismo que nos expone el Artículo 170.

La ley sobre relaciones familiares fundió en dos artículos el contenido de los tres respectivos de los códigos anteriores; los concordantes son los artículos 24 y 25, con la única reforma de que en la Ley sobre Relaciones Familiares se precisa ya a la autoridad que puede conceder la dispensa. Así, el artículo 24 prescribe: “El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se concederá por el Gobernador del Distrito Federal o Territorio que corresponda, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela”.

Nuestras legislaciones no hacen el distinguo de sexo, por lo que debe entenderse que este impedimento también es aplicable a las mujeres que desempeñen este cargo, sin embargo, lo más frecuente es que sean hombres los tutores, así como que sea más fácil que realice el supuesto previsto por el artículo 159.

El objeto de la prohibición es la protección de la menor en su pa-

rimonio, evitando de esta manera que el matrimonio persiga como finalidad la ocultación de los malos manejos por parte de quien ejerce la tutela. Una vez aprobadas las cuentas y obtenida la dispensa, el matrimonio es completamente regular.

Pero si el matrimonio se celebra sin haberse otorgado la dispensa, el tutor queda privado de los bienes del cónyuge o de su nuera o yerno y se le impondrán las sanciones aplicables al matrimonio ilícito. En caso de que las cuentas no sean aprobadas, el tutor responderá civil o penalmente según hayan o no integrado el delito de abuso de confianza, los actos del tutor.

4.—EL PLAZO DE VIUEDAD.

Se define así el impedimento que tiene solamente la mujer para contraer nuevas nupcias antes de que haya transcurrido un plazo de diez meses después de que se disolvió su vínculo matrimonial. El término se emplea por razones de tradición, en vista de que antes la disolución del matrimonio, generalmente se debía a muerte de uno de los cónyuges. El artículo 158 consagra esta prohibición. El tenor de la prohibición en la ley es el siguiente: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio hasta pasados trescientos días de la disolución del matrimonio anterior a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación".

Este impedimento era conocido en el Derecho Romano, "La viuda debía guardar el luto de los diez meses siguientes, y no volver a casarse antes de la expiración de esta fecha, a fin de evitar confusión de parto, es decir, la incertidumbre en cuanto a la paternidad del hijo que pudiera nacer durante este período.

Ulpiano ya desde entonces reconocía que el tiempo máximo legal de un embarazo era de diez meses y hacía notar que "En el bajo imperio fue aumentado, llevándolo hasta doce meses por razones de conveniencias".

La razón por la cual se aumentó el término de doce meses más bien parece ser, según el tratadista Calogero Gangi, el respeto que debía la mujer a la memoria de su difunto esposo; así, lo que en sus principios

fue una muestra de respeto al difunto como protección a la certidumbre de la paternidad, evitando la "turbatio sanguinis", con el tiempo se convirtió en un convencionalismo social incorporado al derecho positivo.

En las Siete Partidas se ve una marcada tendencia a la desaparición de este impedimento, ello se debió a la influencia del derecho canónico, se quiso introducir la idea de matrimonio rato; en la partida 4a. Título XII, Ley II se dice: "Pero el fuero de los legos dendióle que non case fasta un año, e pénales a los que antes casen. . . ca non deve aver pena, la muger que se desposasse ante quel año fuesse cumplido; solamente que en este come dio non cumpla el matrimonio. . . pero la muger que fuesse desposada, si el esposo se muriesse ante que el matrimonio fuesse cumplido, puede casar sin pena cuando quisiera".

En la novísima Recopilación de 1802 desapareció por completo este impedimento. La total derogación de la prohibición se encuentra contenida en la Ley IV del Título II del Libro X: "Mandamos que las mugeres viudas pueden libremente casar, dentro del año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare, no obstante cualesquier leyes de Fueros y Ordenamientos, y otras cualquier leyes que en contrato fechas y ordenadas, las cuales anulamos y revocamos".

Actualmente se encuentra reconocido este veto por las modernas legislaciones como el Código Francés (Art. 228), el Austríaco (Art. 120) y el Suizo (Art. 103), entre otras.

El propósito no es otro que el de evitar la incertidumbre acerca del padre, para los efectos legales del hijo de la mujer que contrae matrimonio sin que haya transcurrido un término de trescientos días, plazo que se considera como máximo, para la gestación. Esta es la única y verdadera razón, ya que además del tiempo establecido, el impedimento se refiere únicamente a la mujer; y no solamente a la mujer viuda, sino a la divorciada y a aquella cuyo matrimonio ha sido disuelto por nulidad.

Ahora bien, desde el punto de vista legal, pudiera darse el caso de que un hijo fuera atribuido legalmente a dos padres, por aplicación del artículo 324 que preceptúa: "Se presumen hijos de los cónyuges: I.—Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II.—Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerto el marido o divorcio. Este término se contará

en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron divorciados o más bien separados los cónyuges por orden judicial"; a menos que se pruebe que el marido le ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días que han precedido al nacimiento". Art. 325.

Para los efectos de la computación del plazo de trescientos días debe atenderse, en el caso de muerte del cónyuge, comenzando a contar desde el día que acaeció este hecho. En realidad puede reducirse este lapso cuando con anterioridad no ha habido acceso carnal, aplicando la razón del artículo 325. Vamos a suponer por ejemplo, que el marido fallece en un accidente de tránsito, después de permanecer ausente por espacio de uno o dos meses de su residencia, sería demasiado rigor hacer el cómputo a partir de la fecha en que el marido retornaba al hogar conyugal y falleció.

El plazo fijado por el artículo 158, puede concluirse por la condición legal señalada en el mismo precepto: "a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo". Es absolutamente acorde esta forma de poner fin a la prohibición, con la razón por la cual se ha establecido, desapareciendo la causa no se produce ya el efecto.

Por nuestra parte consideramos de gran trascendencia para cumplir con los fines que el legislador tuvo presente en la formulación del artículo 158, valernos del auxilio científico.

En efecto la regulación de las relaciones interhumanas es la finalidad del derecho, con el propósito de tutelar intereses individuales y colectivos. Para la mejor protección de los intereses del hombre, a veces es insuficiente la ciencia jurídica por sí sola, teniendo que acudir al auxilio de otras ciencias o ramas, así es necesario tomar criterios y opiniones autorizadas por ejemplo: mecánica de suelos, contabilidad, etc. Otras veces se crean ramas especializadas con un objeto propio, como la medicina legal, la Psiquiatría criminal, Psicología criminal, etc.

Así pues, a fin de librar el obstáculo relativo al llamado plazo de viudedad, podría pedirse a la contrayente que se encuentra en el supuesto previsto por el artículo 158, si es que no desea esperar los trescientos días o los que le falten para completar el término, un certificado médico que haga constar que no hay embarazo. Ello es posible dados los adelantos actuales en ginecología y obstetricia.

Está demostrado por la ciencia médica que el diagnóstico temprano del embarazo es posible por medio de la prueba llamada de Hogben, en la que se emplean ranas hembras de las especies *senopus laevis* animal que lleva huevos todo el año, pero los arroja solamente después del coito o de inyectarle gonadotropinas.

En consecuencia, la inyección de un extracto adecuado preparado de orina de la mujer embarazada va seguida de la expulsión abundante de huevos, que pueden verse a simple vista, y que se producen entre cuatro y dieciseis horas después de aplicada la inyección. Esta prueba es eficaz en 98 de 100 por ciento de los casos y después del décimoquinto día, desapareciendo después de los sesenta. Por otra parte, también está demostrado lo eficaz que resulta el diagnóstico por medio de radiografía después de los cuarenta días de iniciado el embarazo.

Con la presentación del certificado médico a que nos hemos referido, podrá concederse, en nuestra opinión, la dispensa del plazo de trescientos días. En esta forma se evitarían uniones al margen de la ley, que además harían nugatoria la finalidad que se persigue con el impedimento.

5.—EL PLAZO IMPUESTO A LOS DIVORCIADOS.

Su origen debemos remontarlo al tiempo de Augusto, limitándose entonces al divorcio por adulterio, con prohibición perpetua. Puede considerarse que más que pena para el cónyuge culpable del divorcio, fue impedimento por causa de crimen.

En el derecho francés apareció en el Código de 1804, ligeramente reformado por el Código de 1884 y leyes de 5 de abril de 1919 y 27 de marzo de 1924, pero siempre referido a los cónyuges cuando pretendan volver a casarse entre sí.

En nuestro derecho no pudo existir antes de la Ley de Relaciones Familiares, dado que no existía el divorcio con los efectos de disolución de vínculo. Esta ley consagraba la sanción, pero al igual que el derecho romano lo limitaba solamente al cónyuge que había dado causa al divorcio por adulterio. Así el artículo 102 decía: "Por virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 (plazo de viudedad), y cuan-

do el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

En el Código Vigente el impedimento se hace extensivo a cualquier cónyuge causante del divorcio por adulterio o por cualquiera de las otras causales. Y se agrega un párrafo más al artículo 289, "Para los cónyuges que se divorcian voluntariamente pueden volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Debe agregarse que es indiscutible que el plazo de dos años o de uno, según el caso, es aplicable a cualquiera de los dos cónyuges y a los dos respectivamente en cada uno de los dos supuestos del artículo mencionado a diferencia del plazo de trescientos días que se impone solamente a la mujer.

Ahora bien, la concurrencia de los dos impedimentos es bastante fácil que ocurra, siendo su importancia relevante para la imposición de la sanción.

Debemos hacer especial hincapié que actualmente no existe sanción por haber sido formulada la norma como una ley imperfecta.

6.—EL CONCURSO DE DELITOS EN EL MATRIMONIO ILICITO.

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales. A tal situación se le da el nombre de concurso sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser ideal o material.

A veces el delito es único, como consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

En este orden de ideas, podemos exponer que en el caso a estudio aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones o preceptos penales.

El Artículo 58 del Código Penal establece que "siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una sola omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración".

De modo que en este caso puede aparecer el concurso ideal o formal si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto, se advierte una doble o múltiple infracción, es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos penales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el derecho.

Como ejemplo típico del concurso ideal en el matrimonio podemos citar el hecho de que un individuo rapte y contraiga matrimonio y ocasione lesiones a la raptada al ejecutar los hechos típicos del tipo rapto.

Es más común que se realice el concurso real o material en el matrimonio ilícito, por ejemplo, el hecho de que el raptor contraiga matrimonio legalmente con la raptada estando impedido por otro matrimonio subsistente.

El delito de adulterio también puede concurrir con el de violación si ésta la realiza un hombre casado en su domicilio conyugal.

7.—EL RAPTO, IMPEDIMENTO Y CAUSA DE ILICITUD EN EL MATRIMONIO.

El Artículo 156 en su fracción VII. En caso de rapto subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada mientras ésta no sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad".

Esto implica obviamente que el raptor no podrá contraer matrimonio con la mujer raptada por existir duda, o más bien mientras no se dilucide la voluntad de la raptada para contraer matrimonio.

En realidad el problema del impedimento es de poca envergadura, ya que una vez que el raptor haya contraído el matrimonio con la raptada, antes de proceder penalmente con el agente deberá ser declarada por

sentencia firme la nulidad del matrimonio celebrado bajo tales circunstancias.

El riesgo grave y complejo estriba en la celebración de un matrimonio entre raptor y raptada cuando el contrayente esté además impedido por un vínculo matrimonial. Consecuentemente el segundo matrimonio será nulo, y el agente podrá ser responsabilizado por los delitos de bigamia y de rapto, dándose en este caso el concurso real o material.

Hemos observado pues que el rapto puede darse como impedimento o bien como causa de ilicitud en el matrimonio celebrado sin acatamiento del primero o bien por concurrir otro ilícito penal.

El delito de rapto a nuestro juicio queda bien tipificado en el artículo de nuestro ordenamiento punitivo: "El que se apodere de una mujer, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño; para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, se le aplicará la pena de seis meses a seis años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos".

Sin embargo podemos establecer que en realidad en el rapto, en la generalidad de los casos, cuando se trate de la sustracción de una mujer con fines matrimoniales, la violencia o la seducción o el engaño son presunciones ingenuas del legislador, tras de las cuales está la voluntad de la raptada (que en estos casos sería excesivo considerar como ofendida) siendo, de este modo, una forma convenida entre el raptor y la raptada para destruir oposiciones familiares a una unión que ambos desean, y que estiman no sería posible allanar de otra manera.

8.—INEXISTENCIA DEL DELITO DE ADULTERIO.

El adulterio más que un delito contra la honestidad debe ser considerado como un delito contra los deberes de familia. De aquí su enorme trascendencia social.

Desgraciadamente, y desde un punto de vista estrictamente técnico debemos admitir que en nuestro Código Penal no existe.

En efecto, veamos, el Artículo 273 dice textualmente. "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis

años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo”.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, partiendo de una supuesta interpretación histórica, establece que “los elementos materiales constitutivos del adulterio, son: la cópula o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre y mujer, siendo uno de ellos o los dos casados, con persona distinta. Para que sea punible se requiere que se cometa el hecho en el domicilio conyugal o con escándalo, Artículo 273 y 275 del Código Penal. (Anales de Jurisprudencia, T. V, pág. 854.

Hemos insistido en que para la existencia del delito se requiere la preexistencia del tipo penal. “Nullum crimen nulla poena sine previa lege penali”.

Tipo es la descripción de una conducta acreedora de penal en la norma penal.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Javier Alba Muñoz lo considera al tipo como descripción legal de la conducta y el resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.

Sostenemos por nuestra parte que en nuestro código penal, al señalar pena para el adulterio, es clara la ausencia de tipicidad, toda vez que existe el tipo, Art. 273, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de cópula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o del engaño.

En el fondo de toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuentra exactamente la descripción de sí en la norma legal, respecto de él no existe tipo.

En la legislación penal para el Distrito y Territorios Federales el delito de adulterio no se puede integrar por falta de tipo, por no definir la ley el adulterio. Hemos visto que se limita a expresar que se aplicará la pena a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Carece de solidez la supuesta interpretación histórica que invoca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que el delito prejuridicamente considerado es ante todo un juicio de valor que una comunidad determinada en un momento histórico también determinado hace de un hecho.

Por otra parte no existen más delitos que aquellos que el Estado recoge en un cartabón en protección de los valores fundamentales.

Si nuestra ley penal no proporciona la descripción de la conducta constructiva de adulterio, uno de los elementos constitutivos del tipo respectivo, éste no existe.

A mayor abundamiento observamos que la omisión substancial en la descripción de la conducta típica obedece exclusivamente a un error o deficiencia técnica que no debemos suplir caprichosamente, refugiándonos en el concepto tradicional si éste no ha sido expuesto concretamente en la norma penal.

En consecuencia, consideramos que por ausencia de tipo (descripción de la conducta. .) el delito de adulterio no existe.

9.—TIPIFICACION PROPUESTA DEL DELITO DEL ADULTERIO.

Nos permitimos sostener que en todo ilícito penal, lo invariable viene a ser la descripción del delito, o más bien del comportamiento antijurídico.

Es así que no podrá existir tipo penal, si éste no está debidamente recogido y descrito en la ley penal.

El adulterio como supuesta conducta punible no se encuentra descrita en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Luego entonces, el delito de adulterio no existe.

Habida cuenta que opinamos que el tipo de adulterio no existe, es decir no está descrito en nuestro ordenamiento penal, por falta de descripción de la conducta típica, nos permitimos sugerir o proponer, la siguiente reforma al Código Penal en su Artículo 273, el cual deberá quedar así:

“Comete el delito de adulterio la persona que tenga cópula con otra de distinto sexo, siendo una de ellas o las dos impedidas por matrimonio

con persona distinta, siempre y cuando se realice en el domicilio conyugal o con escándalo".

Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio".

CAPITULO V

EL DELITO DE BIGAMIA

- 1.—El elemento objetivo.
- 2.—Clasificación en orden a la conducta y el resultado.
- 3.—Ausencia del elemento objetivo.
- 4.—Tipicidad y atipicidad.
- 5.—Requisitos del tipo.
- 6.—Antijuridicidad y causas de licitud.
- 7.—Culpabilidad e inculpabilidad.
- 8.—Punibilidad y excusas absolutorias.
- 9.—Tentativa y consumación.
- 10.—Participación.
- 11.—Concurso.

CAPITULO V

EL DELITO DE BIGAMIA

Hasta ahora hemos analizado con la debida amplitud los caracteres que concurren a la estructuración del matrimonio ilicito contemplado en el ámbito civilista, por ser el tema central de nuestra investigación; no obstante, en este apartado acometeremos su estudio siquiera sucintamente ubicando ese mismo comportamiento en el marco penalístico —integrador del delito de bigamia—, con el sano propósito de ofrecer un trabajo más completo, habida cuenta de la índole inescindible del anchuroso panorama que domina el total ordenamiento jurídico.

Para colmar nuestro empeño, someteremos el delito de bigamia a un examen dogmático a la luz de la concepción atomizadora, proyectándose a la figura pero enfocando el análisis a cada uno de sus elementos en particular, tanto en su aspecto positivo como negativo, sin dejar de considerar por ello la vinculación que los mantiene en estrecha conexión como partes integrantes de un todo conceptual, porque reconocemos con Celestino Porte Petit las importantes consecuencias que se derivan de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, advertido que el análisis no niega esa unidad, sino la confirma.

1.—*El elemento objetivo.*—El artículo 279 del Código Penal vigente describe y sanciona la figura de nuestra atención, prescribiendo:

“Se impondrá hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos, al que estando unido con una persona en matrimonio no disuelto

ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales”.

La lectura del modelo transcrito nos permite afirmar que el elemento material consiste evidentemente en una simple conducta y no en un hecho, ya que el núcleo típico no involucra resultado material alguno. Basta, pues, la voluntad del sujeto activo para contraer otro matrimonio con las formalidades legales sabiendo que está unido en precedente matrimonio aún vigente, sin importar el móvil o fin que le anime (elemento psíquico), y la realización de ese comportamiento de facto (elemento físico), para que se integre el elemento objetivo como soporte de la estructura delictual.

2.—*Clasificación en orden a la conducta y al resultado.*—En la bigamia descartamos toda posibilidad de realización del delito por omisión, ya que la Ley habla de contraer, esto es, alude al acto material y positivo de celebrar un matrimonio ulterior estando aún vinculando por el antecedente, lo que impone al activo el despliegue de una actividad, de un hacer, de una actuación. En cuanto al número de actos que lo integran, es un delito plurisubsistente porque su proceso ejecutivo se descompone en varios. Atendiendo al resultado, la bigamia es un delito de simple o pura conducta (forma o de resultado inmaterial), pues para su consumación es suficiente la acción de contraer otro matrimonio conforme al molde típico, cuya descripción no requiere evento alguno mutante del mundo exterior. Es, además, un delito de daño —en contraposición a los de peligro—, o de “lesión”, siguiendo la terminología de Ignacio Villalobos, (2) porque irroga un detrimento efectivo. Queda incurso también, en los delitos instantáneos porque se consuma con la acción típica que lo perfecciona.

3.—*Ausencia del elemento objetivo.*—Según Edmundo Mezger, solamente son hipótesis de ausencia de conducta la vis absoluta (o fuerza física exterior irresistible) y los movimientos reflejos, (3) criterio con el que se muestra acorde Porte Petit, agregando la vis maior (o fuerza mayor). (4) Otros autores, enfrascados en discusiones doctrinarias, atribuyen carácter innegable de ausencia de conducta al sonambulismo, sueño, narcosis y sugestión hipnótica, en tanto otros rechazan tal parecer.

El Código Penal vigente en su artículo 15 fracción I prevé como circunstancia excluyente de responsabilidad “obrar el acusado impulsado

por una fuerza física exterior irresistible", es decir, realizar movimientos corporales sin voluntad, como instrumento de otra persona que ejerce la violencia. Aquí, será penalmente responsable el autor mediato, mas no el forzado.

Para nosotros, no existe conducta cuando por cualquier motivo falte al comportamiento el elemento volitivo, no pudiéndosele atribuir al agente el acto no querido, realizado sin autodeterminación. Si en las hipótesis mencionadas no concurre la voluntad del activo como expresión de espontaneidad, podemos admitirlas como verdaderos aspectos negativos de la conducta. Nada se opone, por ejemplo, a que un hipnotizado contraiga otro matrimonio con las formalidades legales estando aún vigente su matrimonio anterior, y al no podersele atribuir el acto como querido, no existirá delito por eliminación del elemento material.

4.—*Tipicidad y atipicidad.*—Conforme a la fórmula típica de nuestro delito en examen contenida en el artículo 279 del Repertorio punitivo, habrá tipicidad cuando el agente realice una conducta concreta justamente adecuada al molde legal, esto es, habrá de contraer otro como matrimonio con las formalidades de Ley sabiendo que está unido en precedente matrimonio todavía vigente. Por el contrario, habrá atipicidad cuando la conducta desplegada no encuadre en el patrón por faltarle alguno de los caracteres típicos. Así, son causas de atipicidad: a) contraer un matrimonio con las formalidades legales, si no preexiste otro celebrado bajo las normas del Derecho Civil, como ocurriría si la unión primigenia fuere de orden religioso o un simple concubinato; b) contraer otro matrimonio con las formalidades legales, sin estar en vigor el anterior bien porque haya sido disuelto o declarado nulo; c) contraer otro matrimonio sin las formalidades legales, aunque esté en pleno vigor el precedente; d) celebrar concubinato, o unión religiosa observando las reglas canónicas, aun cuando esté vigente el matrimonio civil inicial.

5.—*Requisitos del tipo.*—A) En la bigamia se exige que el agente sea una persona casada en matrimonio civil vigente. Es, por ello, un delito *propio* (o especial o exclusivo). En orden al número de agentes, la figura asume los caracteres del delito *unisubjetivo* (o individual) porque para su comisión perfecta se requiere una sola persona, aunque eventualmente comprometa la actividad de otra. B) El sujeto pasivo es una persona física siempre de sexo opuesto al activo, esto es, el cónyuge por

un matrimonio vigente con el agente y el que contrae matrimonio con el activo ignorando el matrimonio vigente de éste; pero si a sabiendas de esto lo contrajere, será coautor en el delito, no paciente. C) El tipo no exige referencias especiales, de suerte que la conducta puede ejecutarse en una Oficina del Registro Civil, en un domicilio particular o en un lugar público, pero obviamente debe realizarse ante la presencia del Oficial del Registro Civil. Es indiferente que el matrimonio válido haya sido contraído en México o en el extranjero; lo que importa es su vigencia. (5). D) La ley no hace referencia expresa al tiempo de comisión de la bigamia; pero es claro que su consumación debe quedar inconcusa, mas bien incursa en el período de vigencia del matrimonio preexistente. E) El tipo guarda silencio acerca de los medios necesarios para su perpetración, pudiendo servirse el agente del engaño, la falsificación, la violencia física y la amenaza, sobre todo. F) En la bigamia el objeto jurídico tutelado es el interés público de asegurar el *status* civil matrimonial. G) El modelo represivo no alude a elementos normativos, mejor dicho a elementos subjetivos del injusto; pero abunda en elementos normativos al exigir como presupuesto un "matrimonio no disuelto ni declarado", y prever qué activo "contraiga otro matrimonio con las formalidades legales".

Estos elementos normativos son oriundos de una valoración jurídica cuya interpretación se ciñe al Código Civil vigente, tarea que cumplimos cuando fue oportuno y, por tanto, huelga aquí repetirlos.

6.—*Antijuridicidad y causas de ilicitud.*—Para revestir tonalidad de ilicitud penal, la bigamia debe estar en pugna con el Derecho (*contra ius*), expresándose el injusto en la relación contradictoria entre la conducta y la norma jurídica, resultante de una valoración negativa deducida de ambos extremos. (6) La bigamia, por ende, será antijurídica en cuanto la conducta desplegada sea típica y no la ampare alguna causa de licitud.

En la figura de nuestro interés no opera ninguna de estas causas. Repugna hipotizar siquiera que alguien contrajere otro matrimonio conforme a la descripción típica, pretendiendo hacer valer en su favor que hubiese obrado en legítima defensa, o bajo estado de necesidad, o cumpliendo un deber, o en ejercicio de un derecho, o por obediencia jerárquica, o contando con el consentimiento del interesado.

7.—*Culpabilidad e inculpabilidad.*—En la bigamia el elemento sub-

jetivo del ilícito sólo puede integrarse a base de dolo directo —representándose y queriendo el resultado lesivo—, no de eventual ni menos aún por culpa consciente o inconsciente, es decir, el agente imputable debe obrar con conciencia y voluntad de contraer matrimonio a sabiendas de que está legalmente vinculado por otro precedente todavía en vigor.

El error de hecho, esencial e invencible es configurable con poder exculpante; pero para su operancia es menester que la creencia del agente sea firme y se funde en motivos racionales. (7) Tal ocurriría si el Oficial del Registro Civil informa al activo que su anterior matrimonio está disuelto legalmente y puede, por ello, contraer otro que el mismo funcionario está listo a efectuar, y si por su capacidad intelectual e ilustración es razonablemente comprensible que el agente hubiere aceptado esa información como verdadera, cuando en realidad era falsa. También se impide el nacimiento de la culpabilidad mediante la inexigibilidad de otra conducta, como acontecería en el caso de quien desplegaré la conducta típica presionado por *vis compulsiva*.

8.—*Punibilidad y excusas absolutorias.*—El texto represivo vigente sanciona la bigamia con pena mixta de prisión hasta por cinco años y multa hasta de quinientos pesos, según anticipamos cuando fue necesario.

La Ley penal, siguiendo una prudente política criminal, no estimó provechoso para la sociedad establecer excusa absoluta alguna en tratándose de la bigamia; sin embargo, cuando no haya habido previo concierto con el autor, podemos aplicar a los encubridores la excusa genérica consagrada en la fracción IX del artículo 15 del Ordenamiento punitivo, en cuanto satisfagan sus requisitos.

9.—*Tentativa y consumación.*—Dada la naturaleza plurisubsistente de la bigamia, su proceso ejecutivo puede dar lugar a la tentativa inacabada delito tentado) o a la acabada (delito frustrado). Su consumación se actualiza en el momento mismo en que el agente contrae el distinto matrimonio firmando el acta respectiva que lo registra fehacientemente, aunque el matrimonio quede *rato* y no se perfeccione por el acceso carnal.

10.—*Participación.*—En la participación propia (o eventual) de sujetos las acciones diversas entre sí convergen hacia el mismo ángulo de

incidencia jurídica, esto es, la actividad conjunta se entrelazara en una relación participativa y confluye hacia la producción de un mismo hecho delictuoso, como obra unitaria común. En la bigamia, es autor intelectual quien instiga, determina o provoca a otro para colmar el tipo. El autor material, obviamente, es el que con su actuación directa realiza el tipo. (8) El coautor, al igual que el autor material, es el que despliega la actividad típica conjuntamente con aquél. (9) Autor mediato es el que se sirve de una persona inimputable o afectada de error como *longa manus* para cometer materialmente la bigamia (matrimonio por poder). El cómplice es un simple auxiliador a través de actos accesorios, para la ejecución de la bigamia. En el encubrimiento como participación, el aporte consiste en ofrecer ayuda preordenada al autor material, para después de ejecutada la bigamia; pero ese auxilio generará el delito de encubrimiento *per se* si se presta ya cometida la bigamia, sin haber preexistido la promesa tuitiva.

11.—*Concurso*.—Cuando con una sola acción se violan varios tipos penales compatibles entre sí, estamos en presencia del concurso *formal* (o ideal) reglamentado en el artículo 58 del Código Penal. Aquí, pues, hay unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas. (10) Desde luego, esta concurrencia delictual no es agible en el delito que analizamos, ni en su aspecto homogéneo (doble bigamia), ni en el heterogéneo porque la falsedad en declaraciones ante el Oficial del Registro Civil y la contingente falsificación de documento en el momento relevante (como estampar en el Libro de actas de matrimonio una firma falsa, aunque sea imaginaria, o alterar una verdadera) carecerían de entidad delictiva autónoma, desde el momento en que serían elementos esenciales integradores del engaño como medio operatorio para la consumación de la bigamia.

Como sabemos, en el concurso material (real o sustancia) de delitos existe pluralidad de acciones y de lesiones jurídicas. Esta clase de concurso, previsto en el artículo 64 del Código Penal, es dable en la figura de estudio —como en todo delito— y puede ser homogéneo (dos o más bigamias) o heterogéneo si concurriéren, por ejemplo, bigamia y lesiones, o abandono de persona, o amenazas.

CONCLUSIONES

- I.—La historia, la sociología, la antropología y demás ciencias auxiliares nos demuestran que el matrimonio es el resultado natural y necesario de la sociabilidad del hombre.
- II.—El derecho y la religión han conceptualizado el matrimonio como: la unión permanente de un hombre y una mujer que les dignifique, mediante la procreación de los hijos, dándoles el ser, salud, educación y proporcionándose recíprocamente comprensión y auxilio.
- III.—La denominación genérica de matrimonio abarca a la vez un acto jurídico que es causa originaria del vínculo conyugal, y el estado resultante de ese vínculo que ha nacido por la libre manifestación de los contrayentes y que se caracteriza por atribuir un status uniforme.
- IV.—El matrimonio contraído, existiendo algún impedimento es nulo en los términos que precise la Ley Civil. O sea, que quedará afectado ya de nulidad relativa ya de nulidad absoluta, según lo prevengan las leyes.
- V.—La integración del tipo de bigamia produce necesariamente la nulidad absoluta del matrimonio ulterior, causa de tal ilícito.
- VI.—Estimamos que en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales no existe el delito de adulterio por ausencia de tipo.

VII.—Es menester reformar el Artículo 273, a fin de que se redacte en los siguientes términos:

"Comete el delito de adulterio la persona que tenga cópula con otra de distinto sexo, siendo una de ellas o las dos impedidas por matrimonio con persona distinta, siempre y cuando se realice en el domicilio conyugal o con escándalo.

Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de los derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio".

S U M A R Í O

- I.—INTRODUCCION.
- II.—ANTECEDENTES HISTORICOS.
- III.—IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.
- IV.—ILICITUD EN EL MATRIMONIO.
- V.—EL DELITO DE BIGAMIA.
- VI.—CONCLUSIONES.
- VII.—BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFIA

- ABARCA RICARDO.—“Tratado de Derecho Penal”.
- AQUINO TOMAS DE.—“Contra Gentiles”, Libro III.
- ARISTOTELES.—“Ética a Nicómano”. L. III.
- BORJA SORIANO MANUEL.—“Teoría General de las Obligaciones T. I, Edit. Porrúa.
- CASO ANTONIO.—“Sociología Genética y Sistemática”, Edit. Porrúa, México, 1957.
- CASTAN TOBAÑAS JOSE.—“Derecho Civil Español”. Editorial Reus, Madrid, 1943.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO.—“Lineamientos elementales de Derecho Penal”. 3a. Edición Edit. Jurídica Mexicana, 1965.
- CASTRO Y BRAVO FEDERICO.—“Derecho Civil de las personas”. Editorial Reus, Madrid 1949.
- COLIN AMBROSIO Y HENRIT CAPITANT.—“Curso de Derecho Civil”. Editorial Reus, Madrid, 1949.
- FOIGNET.—“Manual Elemental de Derecho Romano”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.—“Derecho de las Obligaciones”, Editorial Cajica, Puebla, 1961.
- HANS GUNTHER.—“Le mariages, ses formes, son origine”. Unión Tipográfica, París, 1946.
- INSTITUCIONES CANONICAE.—Editorial de la BAC Madrid.

- LOPEZ GREGORIO.—“Las siete partidas del Rey Alfonso el Sabio”.
Imprenta de Benito Monfort, Valencia 1767.
- LOPEZ ROSADO F.—“Introducción a la Sociología”. Editorial Porrúa.
México, 1962.
- LUTZESCO GEORGES.—“Teoría y Práctica de las Nulidades”.
- LLOVERA F.—“Tratado de Sociología”.
- ORTOLAN M.—“Explicación Histórica de las Instituciones del Empe-
rador Justiniano”. Sexta Edición, Tomo I.
- PETIT EUGENE.—“Tratado Elemental de Derecho Romano”. Edi-
tora Nacional, México, 1953.
- QUIROS CONSTANCIO BERNALDO DE.—“Derecho Penal”. Edi-
torial Cajica, México-Buenos Aires.
- SOLER SEBASTIAN.—“Derecho Penal Argentino”. 5 Tomos.
- URIBE ESCOBAR RICARDO.—“Los derechos de familia”.
- W. MAYER GOOS.—“Psiquiatría Clínica”. Editorial Paidós. Buenos
Aires, 1958. T. I.